

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO

DOTTORATO DI DIRITTO PRIVATO COMPARATO

-CICLO XXIV-



**MODELLI CONTRATTUALI E STRUMENTI PRIVATISTICI IN
EUROPA: LE FORME DI GARANZIA AI SENSI DEGLI ACCORDI
DI BASILEA**

RELATORE

CHIAR.MA PROF. SA ALBINA CANDIAN

COORDINATORE

CHIAR.MA PROF.SA BARBARA POZZO

CORRELATORE

CHIAR.MA PROF.SA SANTA NITTI

TESI DI DOTTORATO DI

STEFANO RAMELLA

-ANNO ACCADEMICO 2011/2012-

MODELLI CONTRATTUALI E STRUMENTI PRIVATISTICI IN EUROPA: LE FORME DI GARANZIA AI SENSI DEGLI ACCORDI DI BASILEA

INDICE

Prefazione e ringraziamenti.....	5
Introduzione.....	8
 1 Gli Accordi di Basilea	 13
1.1 Cenni Storici.....	13
1.2 Obbiettivi del “Comitato Basilea”.....	15
1.3 Gli accordi di Basilea 2.....	19
1.4 Definizione di Tier 1, Tier 2, e Tier 3.....	22
1.5 Valutazione del rischio di credito.....	28
 2 La Riforma di Basilea III	 35
2.1 Introduzione.....	35
2.2 Gli obbiettivi della riforma.....	36
2.3 Le proposte per rafforzare l’adeguatezza del capitale.....	39
2.4 Il leverage ratio.....	42
2.5 Le misure per mitigare la prociclicità.....	44
2.6 Gli interventi per ridurre il rischio di liquidità.....	46
2.7 L’impatto delle nuove misure sulle banche italiane.....	50
2.8 Conclusioni.....	51
 3 Il mercato del credito	 55
3.1 La funzione delle garanzie nel mercato del credito.....	55

3.2 Le garanzie come strumento di mitigazione del rischio.....	58
3.3 Il mercato delle garanzie.....	63
3.4 I soggetti garanti e i soggetti garantiti.....	66
3.5 La rilevanza delle garanzie ai sensi di Basilea 2.....	67
 4 Le garanzie personali e reali: un'analisi comparata dei principali modelli europei.....	76
4.1 Premessa.....	76
4.2 Le garanzie personali tipiche: la fideiussione, il mandato di credito, l'anticresi, l'avallo.....	78
4.3 Le garanzie personali atipiche: la fideiussione <i>omnibus</i> , il contratto autonomo di garanzia, le lettere di <i>patronage</i> , le cessioni a scopo di garanzia.....	83
4.4 Le garanzie personali in diritto comparato: La fideiussione in generale.....	94
4.5 Le garanzie personali in diritto comparato: il contratto autonomo di garanzia nella scuola tedesca, franco-belga ed inglese.....	98
4.6 Le garanzie reali: pegno ed ipoteca.....	100
4.7 Le garanzie reali in diritto comparato: l'ipoteca nel diritto francese ed inglese.....	109
4.8 Le garanzie reali in diritto comparato: La floating charge nell'esperienza anglosassone.....	113
 5 I consorzi fidi in Italia e in Europa.....	121
5.1 La formule mutualistica come strumento per agevolare l'accesso al credito.....	121
5.2 Il sistema dei Consorzi fidi in Italia: origini e importanza.....	124
5.3 Le modalità di escussione.....	131
5.4 Il caso tedesco.....	134
5.5 Il caso francese.....	139
5.6 Il caso spagnolo.....	151
 6 Conclusioni.....	157
7 Bibliografia.....	161

PREFAZIONE E RINGRAZIAMENTI

Con l'elaborazione di questa tesi ho inteso raccogliere l'invito della Profess.sa Albina Candian, la quale mi propose, due anni or sono, di sviluppare il tema delle garanzie del credito alla luce delle recenti novità normative degli accordi di Basilea.

Pur essendo una materia molto specialistica, ho avuto modo di analizzare tematiche di ordine più generale legate alle problematiche attuali della crisi finanziaria e del default degli Stati occidentali.

Accingermi oggi a scrivere una tesi sulle forme di garanzie ai sensi degli accordi di Basilea, in un momento in cui ancora tutta la Comunità mondiale deve riprendersi dallo shock della crisi finanziaria del 2008, per di più considerando che trattasi di nuove prospettive legislative, può apparire un'impresa quasi temeraria.

Nell'arco di questi anni di studio ho avuto modo di approfondire molti istituti, tra cui alcuni recentissimi, che, almeno nelle intenzioni del legislatore europeo, dovrebbero finalmente apportare un ammodernamento decisivo e sistematico della materia, e colmare alcune lacune normative soprattutto in tema d'insolvenza bancaria e garanzia creditizia.

Inoltre, non deve essere sottovalutato che questa nuova disciplina rinnova completamente l'atteggiamento che gli Stati europei fino ad oggi hanno avuto: introduce forti spinte alla cooperazione e scambio d'informazioni finalizzate principalmente alla tutela dei consumatori e contribuenti grazie al sempre più diffuso utilizzo delle garanzie nel mercato del credito, specie quelle mutualistiche.

Ho cercato, nell'esposizione, di unire alla chiarezza del dettato, il necessario rigore scientifico che il tema richiede, tentando altresì, con l'umiltà di un neofita del diritto, di proporre alcune criticità formulando una mia interpretazione.

In ultimo, vorrei rivolgere un vivo ringraziamento alla Prof.ssa Albina Candian, massima giurista in tema di garanzie del credito,

per il costante e validissimo apporto mai venuto meno durante la stesura della tesi.

Ringrazio altresì la Coordinatrice Prof.ssa Barbara Pozzo per la paziente disponibilità e le Prof.sse Santa Nitti e Rossella Cerchia per la preziosa collaborazione.

Grazie a Laura, che da sempre ha creduto in tutti percorsi professionali da me intrapresi e che sin dall'inizio mi ha supportato in questa impresa.

Sono grato, infine, alle mie piccole Giulia, Letizia e Cecilia che riempiono e rallegrano quotidianamente la mia vita.

INTRODUZIONE

Le banche svolgono un ruolo fondamentale all'interno del sistema economico poiché permettono di intermediare le risorse finanziarie, raccogliendo e gestendo i risparmi da un lato e fornendo credito e capitali alle imprese dall'altro.

Risulta quindi centrale tutelare il sistema finanziario e garantire la sua stabilità al fine di creare le condizioni per una crescita duratura e sostenibile. In questo contesto si inseriscono gli accordi di Basilea, che sono dei trattati internazionali che riguardano l'adeguatezza patrimoniale delle imprese bancarie e creditizie: i requisiti di capitale, infatti, sono indispensabili alle banche per affrontare le turbolenze dei mercati, sopportare le crisi economiche e quindi, per evitare il fallimento, le sue conseguenze sistemiche.

La normativa riguardante i requisiti di capitale è una materia molto delicata poiché incide direttamente sull'operatività delle banche: se i requisiti di capitale sono eccessivi e l'attenzione è concentrata

esclusivamente sulla tutela dei depositanti allora ci possono essere delle conseguenze negative nella fornitura di credito alle imprese, mentre se i margini prudenziali sono inadeguati le perdite potrebbero essere insostenibili e si potrebbe verificare il fallimento della banca.

Il primo accordo internazionale sui requisiti patrimoniali è stato emanato nel 1988 dal Comitato di Basilea, il secondo è entrato in vigore nel 2007, mentre il terzo diventerà esecutivo nel 2013.

In particolare l'accordo di Basilea II ha introdotto una nuova struttura per la gestione dei “*rischi di mercato, di credito e operativi*” e ha rafforzato il legame tra il capitale di vigilanza e i rischi effettivamente assunti dagli intermediari.

Per garantire stabilità agli intermediari è necessario quindi identificare, con la maggior precisione possibile, i veri rischi delle controparti e per questo sono stati sviluppati e predisposti dei modelli statistici di misurazione, in particolare per il rischio di credito.

L'accordo di Basilea II consente alle banche di scegliere tra tre diversi modelli di valutazione: una metodologia standard, che

utilizza rating esterni, e due metodi di rating interno, uno di base e uno avanzato.

I sistemi di valutazione interna rappresentano uno degli elementi di maggiore innovazione e consistono in un insieme strutturato di metodologie e processi organizzativi che permettono la valutazione del merito di credito di un soggetto o di una posizione.

I metodi IRB (Internal Rating Based) si basano su dei parametri stimati internamente: infatti le banche calcolano, grazie alle loro banche dati, alcuni elementi chiave per la valutazione come la probabilità di fallimento (PD), il tasso di perdita in caso di default (Loss given default, LGD), l'esposizione al momento del default (Exposure at default, EAD) e la scadenza effettiva (M). Queste stime sono effettuate grazie a delle particolari tecniche chiamate di "*credit scoring*", che consistono in algoritmi matematici che sono in grado di distinguere tra le imprese in buone condizioni e quelle in difficoltà.

Queste tecniche quantitative di valutazione del rischio si sono progressivamente diffuse in Italia a partire dagli anni novanta e con l'entrata in vigore di Basilea II sono state adottate dalla maggior parte degli intermediari.

L'utilizzo di queste tecniche comporta notevoli vantaggi, che riguardano la riduzione dei costi, la facilità di applicazione, l'oggettività delle valutazioni e l'aumento di accuratezza delle valutazioni. Di contro l'adozione di tecniche di valutazione standardizzate può rappresentare un problema per le piccole e medie imprese: queste essendo poco trasparenti e poco capitalizzate possono rimanere penalizzate nell'accesso al credito, per quanto riguarda la riduzione dell'erogazioni e l'aumento dei tassi di interesse. Per questo è necessario definire delle procedure di valutazione ad hoc che tengano delle peculiarità e delle esigenze delle PMI e che quindi possano valorizzare uno degli elementi di maggior forza della nostra economia nazionale.

Dopo un breve “excursus” storico, in questa esposizione verrà preso in esame il cambiamento che è derivato dalla creazione del Comitato di Basilea e dalla introduzione di principi inerenti sia il patrimonio delle aziende creditizie che la valutazione del merito di credito attraverso la valutazione del sistema delle garanzie, il cui uso nel mercato del credito è un fenomeno diffuso e riconosciuto.

Nella seconda parte del mio lavoro verrà approfondito il sistema delle garanzie inteso come “strumento di mitigazione del rischio”, la loro funzione e rilevanza alla luce degli accordi di Basilea.

Infine verrà poi tracciata, nell'ultimo capitolo, un'analisi del “mercato” delle garanzie del territorio nazionale, confrontandolo, in un'ottica comparatistica, con il modello tedesco, francese e spagnolo.

GLI ACCORDI DI BASILEA

1.1 Cenni storici

Il 26 giugno del 1974 alle ore 15.30 le autorità dell'allora Repubblica Federale Tedesca disposero la chiusura, e quindi il fallimento, della Bankhaus Herstatt, un istituto di credito tedesco di medie dimensioni con sede a Colonia, associato ad altre banche sia europee che americane, coinvolto in operazioni finanziarie poco chiare che aveva una particolare focalizzazione in transazioni negli Stati Uniti denominate in marchi: questa decisione innescò una reazione a catena creando gravi problemi nei sistemi di pagamento di tutto il mondo. Infatti alcune controparti europee avevano già effettuato pagamenti ingenti in marchi in favore della banca tedesca senza però aver avuto ancora la contropartita in dollari essendo i mercati americani ancora chiusi a causa del fuso orario. La banca americana che fungeva da tesoriera per i pagamenti in dollari della Bankhaus Herstatt sospese tutti i pagamenti in valuta americana a valere sul suo conto lasciando le controparti che avevano già effettuato i pagamenti scoperti per somme ingenti. Altri istituti newyorchesi a loro volta rifiutarono di

eseguire pagamenti in proprio o per conto della clientela fintanto che non avessero ricevuto conferma dell'avvenuto accredito dei relativi controvalori.

Queste turbative si propagarono ulteriormente attraverso il sistema di regolamento netto multilaterale usato a New York tramite la Federal Reserve che fungeva da banca “clearer”.

Statistiche del tempo ritengono che il valore delle transazioni in attesa di regolamento fu di circa 200 milioni di dollari, che le operazioni “*a termine*”, cioè con regolamento differito nel tempo, dovettero essere sostituite e che pertanto nei tre giorni seguenti il volume dei trasferimenti lordi veicolati da questo sistema si ridusse in misura consistente (si parlò del 60% circa).

Da quel momento il rischio che una controparte di una transazione in cambi “*a pronti*” o “*a termine*” consegni la valuta venduta ma non riceva quella acquistata viene denominato “rischio di sostituzione” o rischio “Herstatt”.

Come vedremo in seguito, tale rischio oggi si è affievolito notevolmente proprio grazie ai nuovi sistemi di controllo posti in essere dalle autorità monetarie di tutti i principali paesi attraverso

la creazione di meccanismi di controllo, praticamente immediato, sulla solvibilità di una controparte ¹.

In conseguenza del fallimento della Bankhaus Herstatt, che peraltro non fu isolato in quanto altre banche sia americane che europee di piccole dimensioni fallirono tra il 1973 ed 1974, i governatori delle banche centrali dei paesi più industrializzati aderenti al cosiddetto “G10” e cioè Belgio, Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Regno Unito, Stati Uniti, Spagna, Svezia e Svizzera, decisero di dare vita al “Comitato di Basilea” sotto il patrocinio della *Banca per i Regolamenti Internazionali (BRI)*: in un primo momento fu denominato “Comitato Cook” in onore di Peter Cook, Governatore della Banca d’Inghilterra, il quale era stato tra i principali promotori nonché primo presidente ².

1.2 Obiettivi del “Comitato di Basilea”

Il Comitato di Basilea è un organismo di consultazione che si riunisce quattro volte l’anno presso la Banca dei Regolamenti

¹ Basel Committee on Banking Supervision, *Overview of the amendment to the capital accord to incorporate market risks*, January, 1996.

² Ibidem

Internazionali (BRI), perseguendo l'obiettivo della stabilità monetaria e finanziaria tramite:

- la definizione di norme prudenziali riguardanti la principale fonte di rischio bancaria;
- la vigilanza sull'attività bancaria tramite la cooperazione a livello nazionale da parte delle rispettive banche centrali.

Non ha potere legislativo e/o normativo, ma formula proposte e linee guida nell'obiettivo:

- di estendere ed uniformare la regolamentazione di vigilanza a tutte le istituzioni bancarie nel maggior numero possibile di paesi;
- rendere più efficace la regolamentazione di vigilanza bancaria per assicurare la stabilità al sistema nel suo complesso.

Pur considerando che le proposte del Comitato non hanno in teoria potere vincolante, tuttavia le stesse di fatto sono accettate come normativa vincolante da oltre cento paesi.

Nell'ambito delle linee guida fornite viene lasciato un certo margine di discrezionalità alle autorità monetarie di ciascun singolo paese circa le modalità di recepimento degli accordi.

Nel corso del tempo il Comitato di Basilea ha prodotto una serie di iniziative, ma furono le proposte del 1988, note come “*BASEL CAPITAL ACCOR*”(BCA) a dare il via ad una normativa sull'adeguatezza patrimoniale delle banche per le quali emerse l'importanza di disporre di un patrimonio sufficiente a supportare i pericoli derivanti dalle varie attività poste in essere ³.

In pratica si stabilì che l'esposizione ad ogni rischio assunto, sia esso di natura finanziaria o creditizia, deve essere garantita da un capitale, noto come “capitale di vigilanza.” ⁴

Le autorità monetarie ritennero che l'8% dell'attivo ponderato per il rischio di credito (dove per attivo ponderato si intende il valore delle attività poste in essere moltiplicate per coefficienti imposti dalle autorità medesime) fosse una ragionevole approssimazione del rischio stesso ⁵.

Il patrimonio di vigilanza è costituito dal :

³ Beltratti A., Margarita S., Terna P, *Neural networks for economic and financial modelling*, ITCP, London. 1996.

⁴ Bianco M. e Casavola P., *Italiana Corporate governance, Effects on financial structure and firm performance*, European Economic Review, 1999.

⁵ Himino R., *Basilea II – verso un nuovo linguaggio comune*, Rassegna trimestrale BRI 2004.

- Patrimonio Base
- Patrimonio Supplementare

Di ambedue vedremo più avanti le definizioni, ma qui è importante rilevare la portata del cambiamento: si introdusse un limite all'attività creditizia delle banche costituito dal capitale delle medesime. Si trattò di una fondamentale innovazione a garanzia della stabilità degli istituti di credito e, conseguentemente, a tutela del risparmiatore ⁶.

Tuttavia, come vedremo meglio in seguito, esiste anche un rovescio della medaglia consistente nella possibilità che, a fronte di avverse condizioni di mercato come quelle che la comunità finanziaria sta vivendo oggi, le aziende bancarie vedano ridotto il loro capitale di vigilanza in conseguenza, per esempio, di forti perdite. E' evidente che se il rischio di credito è calibrato sul capitale di vigilanza, una diminuzione di quest'ultimo ha un impatto negativo immediato sull'erogazione del credito alle imprese ⁷.

⁶ Altman E.. *Revisiting credit scoring models in a Basel II environment: "Credit Rating: Methodologies, Rationale and Default Risk"*, London 2002.

⁷ Ibidem.

1.3 Gli accordi di Basilea 2

Da Basilea I emerse l'importanza per le banche di disporre di un patrimonio adeguato al rischio assunto. Successivamente l'attenzione del "Comitato di Basilea" si concentrò sulla necessità di rafforzare la normativa sulla stabilità delle banche e il miglioramento dei metodi di misurazione e gestione dei rischi ⁸.

L'accordo del 1988 presentava dei limiti rilevanti: tra questi il fatto che, nella concessione del prestito non si distingueva tra le imprese prenditrici in funzione del diverso grado di rischio; non si teneva conto della durata dell'investimento e non venivano prese in considerazione né la diversificazione di portafoglio né le tecniche di attenuazione del rischio di credito.

Per ovviare in parte a questi limiti nel 1996 fu introdotta una prima significativa modifica: per il calcolo dei requisiti patrimoniali al rischio di credito venne affiancato il rischio di mercato e per la misurazione di questo rischio venne riconosciuta alle banche la possibilità di scegliere tra un metodo standard e una metodologia interna avanzata.

Nel gennaio 2001 poi il "Comitato di Basilea" rese pubbliche altre importanti proposte relative alla riforma del sistema di

⁸ Himino R., *Basilea II – verso un nuovo linguaggio comune*, Rassegna trimestrale BRI, 2004.

adeguatezza patrimoniale dando vita a “*BASILEA II*” o “*NEW BASEL CAPITAL ACCORD*”.⁹

Il nuovo Accordo si basa su 3 pilastri :

- le regole per la quantificazione dei rischi per una migliore determinazione dell’adeguatezza patrimoniale;
- nuovi principi guida per la supervisione da parte degli organi di controllo nazionali volti ad assicurare che gli intermediari si dotino di adeguati sistemi di misurazione dei rischi e ad accertare se le banche valutino in modo corretto la propria adeguatezza patrimoniale in rapporto ai rischi;
- una disciplina di mercato che garantisca la solvibilità del sistema attraverso l’utilizzo dei requisiti di trasparenza delle informazioni.¹⁰

In sostanza i 3 pilastri tentano di correggere i limiti e i vincoli di Basilea I sul sistema di determinazione dell’adeguatezza patrimoniale (come la poca differenziazione del rischio di credito, le misure di rischio statiche, la mancanza di effetti in caso di

⁹ Mathias K. G., *Basel II: the new capital accord: strategic analysis of the impact of a Schedule 2 Bank, Project* (M.B.A.), Simon Fraser University, 2004.

¹⁰ European Central Bank, *The New Basel Capital Accord: Main Features and Implications*, Gennuary 2005.

diversificazione del portafoglio, il mancato riconoscimento degli altri rischi) puntando a raggiungere una più alta solidità del sistema finanziario e una maggiore sensibilità al rischio, favorendo la parità concorrenziale ¹¹.

Con Basilea II si lascia invariata la definizione di patrimonio di vigilanza e il coefficiente minimo di solvibilità che resta all'8%, ma mutano le regole che definiscono il denominatore.

Mentre in Basilea I le ponderazioni da applicare alle attività in essere erano omogenee e poco articolate, secondo Basilea II le stesse tipologie di esposizione hanno coefficienti estremamente differenziati in funzione dei giudizi di merito creditizio assegnati alle singole controparti; inoltre accanto al rischio di credito e di mercato si introducono requisiti anche sul rischio operativo, definito come il rischio di perdite dirette o indirette risultanti dall'inadeguatezza o dalla disfunzione di procedure, risorse umane e sistemi interni, oppure di origine esterna ¹².

¹¹ Sabato, *Implementazione di un sistema di rating interno*, 2004.

¹² Engelmann B., Rauhmeier R., *The Basel II Risk Parameters Estimation, Validation and Stress Testing*, Springer Berlin Heidelberg, 2006.

1.4 Definizione di Tier 1, Tier 2 e Tier 3

Per quanto concerne la definizione del patrimonio si distingue tra :

- *TIER 1* ossia capitale azionario, riserve di bilancio provenienti da utili non distribuiti al netto delle imposte, eventuali riserve facoltative, fondo rischi bancari connesso all'attività della banca e strumenti innovativi . Per evitare che il capitale Tier 1 venisse reso meno solido dall'uso di questi ultimi, il Comitato di Basilea decise di limitarne l'inclusione nel Tier 1 al 15%. Escludendo del tutto tali strumenti innovativi dal Tier 1 capital, si ottiene il cosiddetto “Core Tier 1”.
- *TIER 2* ossia riserve derivanti da valutazione di beni iscritti nell'attivo ad un valore superiore al loro costo, passività subordinate (normalmente obbligazioni a rendimento più elevato in quanto esposte ad una maggiore rischiosità per il sottoscrittore in caso di “default” della banca), fondo rischi su crediti.
- *TIER 3*, in genere costituito da obbligazioni di durata massima di 24 mesi.

E' uno strumento poco usato in quanto deve offrire una remunerazione elevata a fronte di minori garanzie di rimborso per il sottoscrittore ¹³.

Come abbiamo detto in precedenza, con gli accordi di Basilea II non si modifica la misura del rapporto tra patrimonio di vigilanza ed attivo ponderato per il rischio che rimane all'8%, ma cambia, di fatto, il calcolo per la determinazione del denominatore in quanto mutano le percentuali con cui vengono rischiate gli attivi. ¹⁴

In questa sede non ci soffermeremo sulle varie percentuali di "rischiatura degli attivi"; è però importante sottolineare come con Basilea II sia stata introdotta una maggiore frammentazione più aderente alla realtà. Si passa per esempio da un'unica percentuale del 100% per le esposizioni verso imprese private a cinque classi di ponderazioni (dal 20 al 150%) che meglio identificano le varie tipologie di controparti in funzione della loro affidabilità.

Per i crediti alla clientela privata cosiddetta "*retail*" si scende dal 100% al 75%.

Gli schemi che seguono dovrebbero aiutare a riassumere:

¹³ Ibidem

¹⁴ Basel Committee on Banking Supervision, *Strengthening the resilience of the banking sector*, December 2009.

- il nuovo criterio per la determinazione del “Total Capital Ratio” partendo dalla suddivisione delle tipologie di rischi; (tabella 1)
- un esempio pratico di calcolo dell’assorbimento patrimoniale; (tabella 2)
- la definizione dei rischi; (tabella 3)

TOTAL CAPITAL RATIO

adeguatezza patrimoniale

Il patrimonio deve essere adeguato ai **rischi** assunti distinti in

di credito

operativo legale

di mercato

che devono essere supportati dal cosiddetto

Patrimonio di vigilanza

Secondo l'attuale rapporto

$$\frac{\text{Patrimonio di vigilanza}}{\text{Attivo sottoposto a rischio (di credito, mercato, operativo)}} \geq 8\%$$

Attivo sottoposto a rischio

ovverosia Attività ponderata per il rischio

Tabella 1

ESEMPIO CALCOLO ASSORBIMENTO PATRIMONIALE

Attivo ponderato

L'azienda chiede un prestito non garantito di 100.000 €.
La banca calcola l'attivo ponderato in base alla seguente formula:

$$\begin{array}{|c|} \hline \text{valore dell'attività} \\ \hline \end{array} \times \begin{array}{|c|} \hline \text{coefficiente} \\ \hline \end{array} = \begin{array}{|c|} \hline \text{attivo sottoposto} \\ \text{a rischio} \\ \hline \end{array}$$

euro 100.000	100%	pari ad euro 100.000
--------------	------	----------------------

Quindi il **rischio** sarà pari ad € 100.000; per cui, in base alla formula

Patrimonio di vigilanza $\frac{\text{Attivo sottoposto a rischio}}{\text{Attivo sottoposto a rischio}}$	$\frac{8.000}{100.000} = 8\%$	il valore del patrimonio della banca dovrà essere di euro 8.000
---	-------------------------------	---

la banca per concedere un nuovo prestito potrà alternativamente:

- a. **Aumentare il proprio patrimonio di vigilanza**
- b. **Ridurre il rischio** privilegiando impieghi con coefficiente di rischio inferiori al 100%.

Tabella 2

DEFINIZIONI RISCHI



Tabella 3

1.5 Valutazione del rischio di credito

Le metodologie di calcolo delle ponderazioni possono seguire due metodi:¹⁵

- quello standard (presente anche in Basilea I);
- quello dei rating interni a sua volta distinto in base e avanzato.

Il nuovo metodo standard è una versione riveduta e corretta di quello precedente: la novità è la comparsa del rating concesso dalle agenzie specializzate alle varie controparti suddivise, secondo le istruzioni della Banca d'Italia¹⁶, in:

- stati sovrani, a cui normalmente è concesso il massimo livello di credito;
- enti del settore pubblico (province, regioni etc);
- banche ed altre imprese finanziarie;
- imprese non finanziarie;
- esposizioni al dettaglio;
- esposizioni a breve termine;

¹⁵ Commissione Europea, *Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alle agenzie di rating del credito*, novembre 2008.

¹⁶ Banca d'Italia, *Metodo dei rating interni per il calcolo del requisito patrimoniale a fronte del rischio di credito*, Documentazione di consultazione, Roma, 2006.

- esposizione verso organismi di investimento collettivo (OIC)

Le banche dunque potranno fare affidamento su valutazione esterne del merito creditizio per determinare le ponderazioni del rischio.

Il Comitato ¹⁷ definisce “*sistema di rating*” l’insieme di metodi, procedimenti, dati e sistemi informativi che fungono da supporto alla valutazione del rischio di credito, all’attribuzione dei gradi interni di merito e alla stima quantitativa delle inadempienze e delle perdite.

Le società di rating più note nel mondo finanziario sono Standard & Poor, Moody’s e Fitch. A titolo esemplificativo e senza scendere troppo nel particolare, riportiamo la classificazione internazionalmente più nota delle prime due:

Standard & Poor distingue genericamente tra “short term debt rating” (in genere operazioni fino a 18/24 mesi) e “long term debt rating” con una scala di valori dove, ovviamente AAA indica un livello di affidabilità massimo mentre “D” indica una situazione di “default” cioè di fallimento ¹⁸.

¹⁷ Commissione Europea, *Proposal for a regulation of the european parliament and of the council on amending Regulation*, No 1060/2009 on credit rating agencies, Giugno, 2008.

¹⁸ European Central Bank, *The New Basel Capital Accord: Main Features and Implications*, Gennuary 2005.

Anche Moody's distingue tra debito a lungo termine e debito a breve termine e non differisce in maniera significativa dalla precedente se non per la simbologia usata.

Il limite all'adozione dei rating esterni può essere, per le aziende di credito di piccole dimensioni, la dimestichezza con i mercati internazionali e, quindi, la familiarità con le agenzie di rating.

Da notare inoltre come, ultimamente, alla luce della crisi finanziaria internazionale, siano stati da più parti criticati i criteri in base al quale le società di rating attribuiscono il merito creditizio¹⁹. In particolare ha destato scalpore il fallimento della Lehman Brothers senza che le agenzie di rating fossero in grado di dare, con adeguato anticipo, un segnale al mercato della profonda crisi che ha colpito una delle più quotate e famose banche al mondo. Più propriamente, citando le parole del Parlamento Europeo: *“le agenzie di rating non sono riuscite a capire il peggioramento delle condizioni dei mercati e ad adattare in tempo le loro valutazioni”*.²⁰

¹⁹ Albereto G., Benvenuti M., Mocetti S., Pagnini M., Rossi P., *L'organizzazione dell'attività creditizia e l'utilizzo di tecniche di credit scoring nel sistema bancario italiano: risultati di un'indagine campionaria*, Questioni di Economia e Finanza, n. 12, Banca d'Italia, Aprile 2008.

²⁰ Cef, Gruppo di lavoro di alto livello del Cef sui meccanismi di stabilità finanziaria transfrontaliera, *Lessons from the financial crisis for European financial stability arrangements*, luglio 2008.

L'accusa più spesso rivolta alle società di rating è quella di essere un po' troppo generose nell'attribuire il rating ²¹; per questi motivi il Parlamento Europeo ha ideato un regolamento comunitario mirato ad assicurare condizioni di maggiore trasparenza, indipendenza, efficacia del controllo, qualità ed affidabilità dei rating e della fiducia dei consumatori ed ha approvato una forma di controllo sull'operato delle suddette società da parte del "comitato dei supervisori europei" (Cesr), presso cui saranno accreditate, al fine di evitare o quantomeno limitare la possibilità che l'informazione agli operatori finanziari possa giungere distorta.

Il metodo del rating interno è la vera rivoluzione del nuovo Accordo di Basilea : la possibilità cioè per le banche di ricorrere non solo al rating di un'agenzia esterna specializzata, ma ad un sistema dove gli input per il calcolo del rischio siano il risultato di valutazioni effettuate dalla banca al proprio interno. ²²

L'Internal Rating Based'' (IRB) può essere semplice (IRB foundation approach) o complesso (IRB advanced approach) e può essere utilizzato da quelle istituzioni creditizie che dimostrano di

²¹ Bofondi M. e Lotti F., *Innovation in the retail banking industry: the diffusion of credit scoring*, Review of Industrial Organization, 2005.

²² Sabato G., *Implementazione di un sistema di rating interno*, 2004.

soddisfare dei requisiti qualitativi la cui osservanza dovrà essere valutata dalle autorità di vigilanza nazionali.

I requisiti più importanti sono i seguenti:

- la banca deve avere un sistema che differenzi prenditori e prodotti in gruppi che hanno un livello simile di rischio di credito;
- le esposizioni creditizie devono essere distribuite tra le varie classi di rischio, senza concentrazioni in una particolare classe;
- il rating deve essere assegnato ai prenditori prima che sia stato preso l'impegno di prestito e periodicamente deve essere rivisto.

In generale il sistema IRB dovrebbe comportare alcuni vantaggi quali:

1. un risparmio di capitale;
2. una miglioria nella formazione dei prezzi del credito e dei servizi meglio legati al contenuto effettivo di rischio;

3. un aumento della capacità della banca di anticipare le situazioni di crisi al fine di ridurre i costi di recupero e migliorare le capacità di recupero.

In ogni caso i modelli interni si basano sul calcolo di 4 elementi fondamentali:

- la probabilità di insolvenza (PD - probability of default) che misura la probabilità (da zero a 100%) che si verifichi la conseguenza del rischio, cioè che il debitore sia inadempiente;
- la perdita in caso di insolvenza (LGD - loss given default) che rappresenta la quota percentuale del credito che si stima di perdere qualora si verifichi l'inadempienza;
- l'esposizione creditizia al momento dell'insolvenza (EAD - exposure at default) ottenuta stimando come si evolverà l'esposizione dal momento di analisi al momento in cui si potrà verificare l'inadempienza;
- la durata effettiva dell'operazione (M - maturity).

Come è facilmente intuibile la capacità di elaborare modelli di calcolo probabilistico relativi all'insolvenza di un'impresa è tanto più sviluppata quanto più l'istituto di credito è organizzato e quindi, verosimilmente, di dimensioni importanti. In particolare una delle migliori diagnosi delle situazioni aziendali è sviluppata dai cosiddetti modelli di “*scoring*” basati su tecniche statistiche di analisi il cui obiettivo è ricondurre a unità la valutazione mediante un indicatore sintetico, “*score*”, del merito creditizio.²³

²³ Albereto G., Benvenuti M., Mocetti S., Pagnini M., Rossi P., *L'organizzazione dell'attività creditizia e l'utilizzo di tecniche di credit scoring nel sistema bancario italiano: risultati di un'indagine campionaria*, Questioni di Economia e Finanza, n. 12, Banca d'Italia, Aprile 2008.

LE MODIFICHE DI BASELEA III

2.1 Introduzione

Il 16 aprile 2010 si è conclusa la consultazione pubblica relativa alle proposte del Comitato di Basilea per rafforzare il capitale e la gestione del rischio di liquidità da parte delle banche; nello stesso giorno si è anche chiusa la consultazione della Commissione Europea sulle modifiche da apportare alla direttiva sui requisiti di capitale delle banche per tener conto del nuovo pacchetto regolamentare.

Circa un anno fa è terminata la fase di raccolta dei dati che saranno utilizzati dalle autorità per lo studio d'impatto quantitativo²⁴. Si è trattato di uno sforzo organizzativo notevole per le banche e per le autorità. È ora importante sfruttare appieno le informazioni raccolte al fine di procedere rapidamente alla finalizzazione della riforma delle regole prudenziali. L'impressione che si trae dalla lettura dei position papers dell'industria è di grande preoccupazione per gli effetti che le singole misure proposte e la

²⁴ Banca d'Italia, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, Dicembre 2010.

loro interazione potranno avere sul settore bancario, sulla sua redditività, sulla sua capacità di fornire sostegno finanziario all'economia²⁵. Non si può tuttavia tacere che le preoccupazioni avanzate dall'industria non sempre sono apparse argomentate in modo articolato²⁶; troppo spesso al momento di dissenso sulle opzioni regolamentari non si è accompagnata una fase propositiva adeguata. Soprattutto sui temi più aperti, quelli per i quali vi è maggiore spazio per correzioni e miglioramenti, sarebbero stati molto utili indicazioni progettuali da parte delle banche e degli altri portatori di interesse.

In questo capitolo, richiamerò innanzitutto gli obiettivi fondamentali della riforma di Basilea III, concordati dai Leaders del G20 a Seoul, per poi passare ad analizzare le principali aree di intervento.

2.2 Gli obiettivi della riforma

La crisi che ha colpito due anni fa il sistema finanziario internazionale e che tuttora produce effetti negativi per l'economia mondiale ha fatto ritenere indispensabile un complessivo

²⁵ Ibidem

²⁶ Bank of International Settlements, *“Quadro Generale degli sviluppi: interventi senza precedenti per contrastare l'acrisi finanziaria mondiale”*, Rassegna trimestrale BRI.

ripensamento della regolamentazione prudenziale ²⁷. Sebbene la crisi sia stata la conseguenza di molti fattori concomitanti, certamente l'apparato regolamentare e di supervisione del settore finanziario non è stato in grado di prevenire l'eccessiva dilatazione dei rischi o di imbrigliare la trasmissione della turbolenza finanziaria.

La revisione da parte del Comitato di Basilea III ha toccato tutti i principali tasselli della regolamentazione finanziaria ²⁸:

- il capitale;
- la leva finanziaria;
- l'operatività nella finanza strutturata;
- il rischio di liquidità.

Nell'aprile 2008 il Financial Stability Board ha emesso le raccomandazioni che hanno contribuito a definire gli elementi essenziali del Piano d'azione adottato dai Leaders del G20.

Il primo elemento del rafforzamento delle regole prudenziali è l'innalzamento della quantità e della qualità del capitale

²⁷ Bank of International Settlements, *Quadro Generale degli sviluppi: il rischio sovrano scuote i mercati*, BRI Relazione trimestrale.

²⁸ Basel Committee on Banking Supervision, "*Basel III: International framework for liquidity risk, measurement, standards and monitoring*", Dicembre 2010.

regolamentare. Sin dall'inizio della crisi è stato chiaro che molti strumenti inclusi nella definizione regolamentare di capitale non avevano una qualità sufficiente per assorbire le perdite. Analisti di mercato e agenzie di rating hanno iniziato a fare riferimento ad altre definizioni di capitale, assai più ristrette e incentrate sul capitale ordinario. I requisiti regolamentari hanno immediatamente perso la loro funzione di riferimento per valutare l'adeguatezza patrimoniale di una banca.

Alle autorità tecniche è stato anche chiesto di disegnare regole prudenziali e standard contabili che evitino di accentuare la tendenza del settore finanziario a favorire la crescita, talvolta euforica, del credito all'economia nei periodi di maggiore espansione e a ridurla drasticamente all'inversione del ciclo ²⁹.

Parallelamente è stato chiesto il rafforzamento delle regole per il controllo del rischio di liquidità. L'eterogeneità delle regole non ha favorito la gestione integrata della liquidità per i gruppi cross-border, limitandone la mobilità, generando inefficienze e tensioni nei momenti di maggiore pressione sui mercati.

E' stato inoltre affermato il principio che tutte le istituzioni finanziarie e le infrastrutture di mercato sistemicamente rilevanti

²⁹ Bank of International Settlements, *Sostenibilità delle finanze pubbliche nei paesi industriali: rischi e sfide*, 80° Relazione annuale della Banca dei Regolamenti Internazionali, Giugno 2010.

siano assoggettate a forme adeguate di controlli, per evitare l'accumulazione di rischi sistemici e il gioco degli arbitraggi regolamentari ³⁰.

Le linee generali del piano d'azione sono state trasposte in proposte operative dal Comitato di Basilea. L'insieme delle misure mira a ridefinire aspetti importanti dell'assetto regolamentare, in linea con gli obiettivi ambiziosi fissati dal G20. Dalla riforma dovrà uscire un sistema finanziario più prudente, in grado di affrontare le crisi da una posizione di maggiore solidità, riducendo i costi che potrebbero essere addossati alle finanze pubbliche e all'economia reale in caso di dissesto ³¹.

2.3 Le proposte per rafforzare l'adeguatezza del capitale

Al centro del futuro quadro prudenziale delineato nel pacchetto di riforme rimangono le regole sull'adeguatezza del capitale, strumento essenziale per influenzare gli incentivi all'assunzione di

³⁰ Basel Committee on Banking Supervision, *"Basel III: a global regulatory Framework for more resilient banks and banking systems"*, Dicembre 2010.

³¹ Mc Kinsey, *"Basel III and European banking: its impact, how banks might respond and the challenges of implementation"*, Novembre 2010.

rischi da parte delle banche e per determinare la loro capacità di assorbire perdite ³².

Le proposte prevedono innanzitutto una più adeguata calibrazione del peso di alcuni rischi e, dunque, del patrimonio che le banche devono detenere per farvi fronte. La crisi ha infatti mostrato come i rischi, in particolare quelli di mercato e di controparte, insiti in alcune tipologie di esposizione fossero ampiamente sottostimati. La necessità di “riequilibrare” le ponderazioni è divenuta dunque prioritaria. Requisiti patrimoniali che tengono conto del valore a rischio o delle correlazioni tra attività in condizioni di stress rispondono proprio all’esigenza di prevenire gli eccessi che hanno contribuito in misura significativa alla propagazione della crisi.

Il secondo intervento riguarda il miglioramento della qualità degli strumenti finanziari che possono essere inclusi nel patrimonio di vigilanza. Si tratta di un intervento irrinunciabile, uno snodo fondamentale della proposta di riforma ³³.

Il nuovo pacchetto regolamentare sottolinea l’importanza di una definizione della componente predominante del patrimonio di base, il Core Tier 1, che includa solo elementi con la più forte capacità di assorbire perdite. Per le società per azioni tale

³² Milano F., *Finanza Aziendale, dispense del Corso tenuto alla facoltà di Economia della Luiss*, 2011.

³³ Cournède Boris Slovik Patrick, *Macroeconomic Impact of Basel III*, OECD Economics Department Working Papers, 2011.

componente dovrà essere limitata alle azioni ordinarie e alle riserve di utili. Sono previsti alcuni aggiustamenti per tener conto delle specificità degli strumenti di capitale emessi dalle banche organizzate in forma di società cooperativa.

Saranno introdotte regole più stringenti per l'ammissibilità nel patrimonio supplementare degli strumenti di debito subordinato; scompariranno gli elementi di qualità più bassa (Tier 3). Gli attuali coefficienti patrimoniali minimi relativi al patrimonio totale e a quello di base saranno affiancati da un requisito relativo al Core Tier 1.

Il miglioramento della qualità del patrimonio e la maggiore omogeneità delle regole a livello internazionale sono obiettivi da valutare con favore; essi sono coerenti con l'approccio da sempre seguito dalla Banca d'Italia, il cui rigore nell'applicare le regole prudenziali ha contribuito a preservare la stabilità delle banche italiane anche nelle fasi più critiche³⁴. Rispetto agli intermediari di altri paesi, che spesso apparivano meglio patrimonializzati prima della crisi, le banche italiane hanno sopportato gli effetti delle turbolenze senza dover ricorrere a interventi pubblici straordinari, fino all'arrivo del recente governo Monti, mantenendo la capacità di raccogliere capitali sul mercato.

³⁴ Citigroups, *"Italians Banks"*, pubblicato su Borsa Italiana, Studi e Ricerche Intesa Sanpaolo, Aprile 2011.

2.4 Il leverage ratio

Ai requisiti patrimoniali basati sul rischio si affiancherà un *leverage ratio*: esso consiste nel livello massimo di leva finanziaria ammissibile nell'attività bancaria ³⁵.

L'introduzione di questo strumento ha una duplice finalità: oltre a contribuire, come richiesto dal G20, a contenere il livello di indebitamento nelle fasi di eccessiva crescita economica, il leverage ratio può anche supplire alle eventuali carenze dei modelli interni per la valutazione del rischio, soprattutto di quelli sviluppati per prodotti finanziari particolarmente complessi o innovativi ³⁶. Un punto importante della proposta è l'inclusione nel calcolo del rapporto anche delle attività fuori bilancio, escluse, ad esempio, nella regolamentazione statunitense. Si tratta di un profilo essenziale che pone al riparo dai rischi di arbitraggio regolamentare e di aggiramento del limite.

Il valore massimo di leverage che le banche potranno sostenere sarà definito nella fase di calibrazione delle diverse misure. Esso dovrà essere tale da interagire virtuosamente con l'impianto di Basilea II, così come modificato a seguito della crisi, evitando di

³⁵ Standard and Poor's, *The Basel III Leverage ratio is a raw measure, but could supplement risk - based capital metrics*, April 2010.

³⁶ Commissione Europea, *Overview of the results of the public consultation on a EU framework for Cross – border crisis management in the banking sector*, Marzo 2010.

alterare la struttura di incentivi degli intermediari o di rafforzare la ciclicità delle dotazioni patrimoniali. È chiaro che, al di là delle condivisibili finalità dello strumento, la difficoltà che abbiamo di fronte sta proprio nel definirne l'interazione con le regole in vigore. Alcune prime simulazioni sulle banche italiane, che risentono tuttavia della carenza di serie storiche sufficientemente lunghe, dimostrano che, nelle fasi congiunturali avverse, l'impatto delle perdite sul livello del capitale può essere rilevante, conducendo ad un aumento del grado di leva.

La proposta “di base” contenuta nel documento di consultazione mira a introdurre uno strumento relativamente semplice da calcolare e di agevole lettura da parte del mercato. Opzioni alternative, ad esempio il riconoscimento degli accordi di compensazione (*netting*) o l'esclusione dal calcolo dell'attivo delle attività più liquide, potranno essere valutate, ma non dovranno introdurre elementi di complessità non coerenti con la filosofia di fondo dello strumento: obiettivo è evitare che regole contabili diverse conducano a differenze significative nel funzionamento dello strumento in giurisdizioni diverse.

L'iniziale introduzione nell'ambito del secondo Pilastro consentirà in ogni caso di sperimentare il funzionamento

dell'indicatore e di apportare, laddove necessario, le opportune correzioni.

2.5 Le misure per mitigare la prociclicità'

Nei documenti di consultazione, il Comitato ha riservato grande attenzione alle misure per limitare la *prociclicità'* della regolamentazione finanziaria ³⁷.

Con questo termine si vuole indicare il timore che il nuovo sistema di requisiti patrimoniali relativi al rischio di credito, fondati sui sistemi di rating interni delle banche, possa accentuare le fluttuazioni del ciclo economico aggravando in particolare le fasi recessive: quando il sistema economico attraversa una fase recessiva, le condizioni economico-finanziarie delle imprese tendono a deteriorarsi.

A tal fine è stato proposto un pacchetto di interventi che, nel fronteggiare i diversi aspetti della prociclicità, mirano a completarsi a vicenda. L'ammontare complessivo del buffer di capitale al di sopra del minimo regolamentare sarà dunque dato dalla somma di varie componenti, ciascuna regolata da

³⁷ Tarantola Anna Maria, *Verso una nuova regolamentazione*, Gennaio 2011.

meccanismi di funzionamento differenti in considerazione della sua specifica finalità.

La Commissione è convinta che la prima necessaria componente del pacchetto anticiclico debba essere costituita da un *buffer* (cuscinetto per la conservazione del capitale) specifico che sia definito in base alle caratteristiche di ogni intermediario; tale strumento ha l'obiettivo di contenere le fluttuazioni del requisito minimo per le banche che adottano i modelli interni per il rischio di credito, soprattutto per quelle che hanno sviluppato sistemi di rating che risentono maggiormente delle oscillazioni cicliche. Pur in assenza di robuste evidenze empiriche sul legame tra requisiti di capitale e ciclo economico, si tratta di uno dei limiti di Basilea II che la Commissione ha ritenuto opportuno rimuovere.

La proposta, fortemente sostenuta dalla Banca d'Italia e sulla quale si è trovato il consenso del Comitato europeo dei supervisori bancari (CEBS), si basa sull'applicazione di un fattore di scala, determinato osservando la variabilità delle probabilità di default nel tempo, che riflette la differenza tra le fasi recessive dell'economia o quelle medie di lungo periodo e le condizioni cicliche correnti. Il vantaggio di questi metodi è che, pur preservandone il valore informativo e gestionale, trasformano le probabilità di default stimate dalle banche da point-in-time in

through-the-cycle, senza compromettere lo use test. L'applicazione del fattore di scala garantisce che, all'aumentare delle probabilità di default, l'incremento del requisito minimo sia assorbito dai buffer accumulati, evitando potenziali effetti indesiderati sull'offerta di credito.

La seconda misura prevede la fissazione di un “*target ratio patrimoniale*”, uguale per tutte le banche, per assicurare che esse siano dotate, in espansione, di un cuscinetto di capitale al di sopra del minimo regolamentare e che le politiche di distribuzione degli utili non determinino la contrazione della base patrimoniale proprio all'insorgere di una crisi. Al fine di perseguire l'obiettivo di conservazione del capitale è stato determinato un legame tra la distanza della banca dal target ratio stesso e le possibilità di pagamento dei dividendi agli azionisti, di riacquisto delle azioni proprie, di attribuzione di bonus al personale: quanto più la banca è lontana dal target tanto minore è la quota di utili che può essere distribuita.

2.6 Gli interventi per ridurre il rischio di liquidità

Una buona gestione del rischio di liquidità si articola in alcune fasi ben distinte:

1. fare previsioni sui flussi di cassa in entrata ed in uscita attesi tramite la suddivisione in periodi quanto più possibili brevi;
2. cercare di coprire gli sbilanci attesi o di investire le eccedenze attese, in modo da ottenere profitti senza esporsi troppo al rischio;
3. l'utilizzo di indici di bilancio descrittivi della situazione e soprattutto dei rischi associati all'attività caratteristica bancaria, quali a d esempio gli impieghi sui depositi o leva finanziaria;
4. la ricerca di diversificazione dei canali di raccolta fondi, così come delle attività;
5. l'utilizzo di riserve adeguate (liquidità, ma anche strumenti prontamente e facilmente liquidabili) con un elevato grado di confidenza, per affrontare almeno nel breve periodo i rischi di liquidità.

L'eccessiva concentrazione della regolamentazione bancaria su presidi di carattere patrimoniale, a scapito di quelli sulla liquidità, era già stata rilevata prima della crisi e lavori sul rischio di

liquidità erano cominciati sia al Comitato di Basilea sia in Europa³⁸.

La crisi finanziaria ha mostrato con quanta rapidità, intensità e durata possa manifestarsi il rischio di liquidità e quali effetti esso possa determinare sulla stabilità degli intermediari e dell'intero sistema, in condizioni di generale incertezza nei mercati ³⁹.

Attraverso l'introduzione di regole quantitative, il Comitato di Basilea ha mirato dunque a evitare che squilibri nella gestione della liquidità possano mettere a repentaglio la stabilità del singolo intermediario e, soprattutto, a ridurre le possibilità di contagio ad altri operatori.

L'assetto generale della disciplina, basato su una prima regola, che richiede alle banche di disporre di cuscinetti di attività liquide in grado di coprire, anche in condizioni di stress molto severe, deflussi di cassa attesi in un orizzonte di 30 giorni, senza ricorrere al mercato, e su una seconda regola che richiede di evitare squilibri strutturali nella composizione per scadenza delle passività e attività di bilancio, appare consolidato e relativamente non controverso.

³⁸ Basel Committee on Banking Supervision, *Report and Recommendations of the Cross – border Bank resolution Group*, Marzo 2010.

³⁹ Bank of International Settlements, *Quadro genrale egli sviluppi: in primo piano i timori per la crescita*, Rassegna trimestrale BRI, settembre 2010.

Vari aspetti delle proposte sono invece ancora aperti. Un tema rilevante è, per esempio, la natura delle attività che possono essere incluse nel buffer di attività liquide: la maggiore o minore estensione del novero delle attività ammissibili può determinare conseguenze rilevanti sulle politiche delle banche. È necessario dunque trovare il giusto equilibrio tra la necessità che gli intermediari mantengano profili di liquidità sufficientemente prudenti e quella di garantire adeguati flussi di credito verso la clientela. In questo senso, appaiono condivisibili le proposte avanzate nel corso della consultazione volte, al fine di tener conto delle specificità dei mercati bancari europei e italiani, a considerare nella definizione del buffer di liquidità anche i corporate e covered bonds di migliore qualità ⁴⁰.

Soprattutto, appare importante che alle banche sia consentito, come anche previsto per i buffer di capitale, di utilizzare nei momenti di maggiore difficoltà le risorse liquide accumulate. La soluzione proposta dalla Commissione europea, che ammette il temporaneo allontanamento dai requisiti imposti dalle due regole

⁴⁰ Locarno Alberto, *The Macroeconomic impact of Basel III on the Italian economy*, Questioni di Economia e Finanza, Banca d'Italia n. 88, Febbraio 2011.

in condizioni di mercato sfavorevoli, introduce condivisibili elementi di flessibilità nella gestione dei buffer ⁴¹.

2.7 L'impatto delle nuove misure sulle banche italiane

In Italia, gli effetti della crisi sono stati meno forti grazie a un modello di intermediazione tradizionale, sostenuto da un quadro regolamentare e una vigilanza prudenti. Le banche italiane sono entrate nella crisi con un'esposizione complessivamente contenuta verso i prodotti della finanza strutturata e una minore dipendenza dai mercati della raccolta all'ingrosso ⁴². Il nostro sistema bancario era e resta caratterizzato dalla prevalenza dell'attività di intermediazione creditizia a favore di famiglie e imprese, dal radicamento sul territorio, da una leva finanziaria contenuta e da una struttura di bilancio nel complesso equilibrata.

La limitata operatività nel campo della finanza innovativa e nella negoziazione di prodotti di credito strutturati induce a ritenere che l'impatto dell'inasprimento dei requisiti patrimoniali risulterà in media contenuto: l'introduzione del leverage ratio non dovrebbe comportare conseguenze importanti.

⁴¹ Ibidem

⁴² Citigroups, *"Italians Banks"*, pubblicato su Borsa Italiana, Studi e Ricerche Intesa Sanpaolo, Aprile 2011.

Non ci si può però nascondere che le modifiche regolamentari proposte dal Comitato di Basilea richiederanno alle banche italiane adeguamenti non trascurabili. Sebbene esse partano da una situazione migliore di quella di altri sistemi bancari sul fronte, ad esempio, della qualità del patrimonio, rimangono aperti aspetti importanti delle proposte che potrebbero determinare conseguenze di rilievo.

Quanto alle regole sulla liquidità, appare tuttavia chiara sin d'ora la necessità che le banche italiane aumentino le scorte di attività prontamente liquidabili. Se da un lato il profilo di liquidità del sistema appare complessivamente migliorato, anche grazie alla rafforzata azione di monitoraggio avviata dal 2007 dalla Banca d'Italia, dall'altro permangono sui mercati elementi di incertezza⁴³.

2.9 Conclusioni

Le principali debolezze riconosciute a Basilea II sono state le seguenti:

⁴³ Bank of International Settlements, *Dal pronto soccorso alla terapia intensiva: retrospettiva dell'anno trascorso*, 80° Relazione annuale della Banca dei Regolamenti Internazionali, Giugno 2010.

- il fatto che il requisito minimo di capitale fosse inadeguato a sostenere le ingenti perdite che si sono affrontate durante la crisi e che il capitale fosse costituito per lo più da strumenti non in grado di assorbire realmente le perdite;
- il compito di valutare il rischio di controparte spesso non è stato ben svolto né dalle agenzie di rating, cosa che ha creato voci di conflitti di interessi, né dalle stesse banche e dai loro sistemi interni;
- il processo di cartolarizzazione dei crediti: quando una banca cartolarizzava i crediti, poteva semplicemente toglierli dal bilancio e inserirli tra gli elementi fuori bilancio. Viene, con la nuova riforma, punito l'abuso di tale strumento utilizzato prevalentemente come scommessa da pochi grandi investitori privilegiati che hanno innalzato il livello di leva finanziaria dell'intero sistema.

Le proposte del Comitato di Basilea, sebbene richiedano ulteriori riflessioni e affinamenti, muovono nella direzione indicata dalle massime autorità politiche a livello globale. Esse pongono basi solide per rimediare alle criticità emerse durante la crisi e costituiscono il contributo della comunità dei supervisori al più

ampio ripensamento delle regole che devono guidare uno sviluppo equilibrato del sistema finanziario.

Pur confermando sostanzialmente la filosofia di fondo di Basilea II, si prende atto di alcuni limiti della disciplina e si introducono i correttivi necessari a migliorarne il funzionamento e a garantire che essa consegua gli obiettivi per cui era stata ideata. Aspetti, anche non marginali, del nuovo pacchetto di Basilea potranno essere rivisti, modificati e perfezionati anche alla luce dei numerosi commenti ricevuti.

Deve essere chiaro tuttavia che la struttura complessiva della riforma non è in discussione: in futuro non dovranno ripetersi casi di carenti dotazioni patrimoniali, gestione irresponsabile del rischio di liquidità, avventata crescita degli attivi seguita da repentini fenomeni di “*deleveraging*”(cuscinetto di protezione dell’investimento).

Il rallentamento del processo di revisione delle regole a livello internazionale, che da alcune parti sembra auspicarsi, sarebbe una scelta miope. Si potrebbero determinare fughe in avanti di alcuni paesi, facendo naufragare definitivamente il tentativo di definire un terreno di gioco realmente livellato.

Analogamente, si deve contrastare il pericolo che regole troppo severe siano poi applicate in modo eterogeneo. Affinché i benefici

della revisione in atto possano effettivamente concretizzarsi, è fondamentale definire standard credibili e, almeno in Europa, criteri condivisi per la loro attuazione. Se così non fosse, ne risulterebbero penalizzati soprattutto gli operatori appartenenti alle giurisdizioni tradizionalmente più rigorose.

IL MERCATO DEL CREDITO

3.1 La funzione delle garanzie nel mercato del credito.

In termini generali, le garanzie possono essere definite come “*schemi normativi intesi ad offrire a uno o più creditori una tutela rafforzata*”, rispetto ai creditori ordinari, tramite l’attribuzione o la conservazione di particolari diritti.

Il principale aspetto su cui la costituzione di garanzie di garanzie tende ad incidere è l’adempimento delle obbligazioni contrattuali, ossia il pagamento della remunerazione pattuita e il rimborso del capitale: ciò può accadere in vari modi, a seconda del tipo di garanzia.

Una distinzione rilevante è quella tra garanzie interne (*inside collateral*) e garanzie esterne (*outside collateral*). Con il termine *inside collateral* si indicano tutti casi in cui un creditore, o una classe di creditori, acquisisca diritti su alcuni o su tutti i beni dell’impresa debitrice, tali da essere posto in una situazione privilegiata rispetto agli altri creditori. Con il termine *outside collateral* ci si riferisce ai casi in cui il creditore acquisisca diritti

su beni che non appartengono all'impresa debitrice con conseguente ampliamento dei beni su cui il creditore ha il diritto di rivalersi. In una situazione di questo tipo, in caso di inadempimento dell'impresa, il diritto di prelazione del creditore può riguardare singoli beni oppure l'intero patrimonio personale del debitore oppure di uno o più soggetti terzi rispetto all'impresa.

Un'altra importante distinzione è tra *collateral* e *guarantee*: al primo termine viene associata la nozione di garanzia reale, ovvero un "insieme di titoli o attività reali fornite dal debitore o da terzi a garanzia, parziale o totale, del prestito"; al secondo termine viene associata la nozione di garanzia personale, ovvero "l'insieme degli obblighi contrattuali che impegnano eventuali terzi al pagamento in caso di insolvenza del debitore". È opportuno, tuttavia, ricordare che in molti casi la letteratura anglosassone utilizza il termine *collateral* come sinonimo di *warranty*, cioè di garanzia generica.

Le garanzie, in generale, possono essere utili anche quando l'impresa è sana perché esercitando una maggiore pressione sul debitore, facilitano il realizzo del credito.

L'efficacia di tale funzione è legata, da un lato, all'utilità del bene per l'impresa che si esplica in termini di costi che essa sopporterebbe in caso di realizzo della garanzia, dall'altro alla credibilità della minaccia di realizzo.

La concessione di garanzie, tuttavia, assume rilevanza soprattutto se vi è rischio di insolvenza: in tal caso, le garanzie esplicano pienamente la loro funzione di tutela sia nei confronti dell'impresa, sia nei confronti dei creditori rispetto ai quali offriranno un diritto di prelazione nei confronti dei singoli *assets*.

Il mercato delle garanzie è derivato dal mercato dei finanziamenti offerti alle imprese. Come è noto, i finanziamenti delle attività delle imprese si dividono in due grandi categorie:

1. interni;
2. esterni.

I primi possono essere volatili nel tempo, trattandosi dei profitti d'impresa non distribuiti. Tendono a gonfiarsi nelle fasi di espansione del ciclo economico, ma pure a deteriorarsi quando la congiuntura diventa avversa: non sono, in altri termini, fonti di flussi stabili del finanziamento delle attività di impresa. Le fonti esterne si dividono a loro volta in due grandi categorie:

- il capitale di rischio;
- il capitale di debito.

Tale classificazione origina dalla natura giuridica del rapporto tra prestatore e datore di fondi. L'impresa è debitrice, quando il datore di fondi null'altro può vantare oltre la restituzione del capitale e un interesse. L'impresa è partecipata da un socio, azionista, quando nel conferimento del capitale di rischio il socio rischia il capitale medesimo nell'attività dell'impresa. Il suo diritto non sta nella restituzione del capitale, ma nel trarre dall'impresa i frutti (utili netti) che essa produrrà e distribuirà lungo tutto l'arco della vita: il socio potrà ovviamente anche cedere il suo titolo sul mercato, a condizione di trovare con la controparte un accordo sul valore, che normalmente sarà scollegato dal conferimento iniziale.

3.2 Le garanzie come strumento di mitigazione del rischio di credito

Con la revisione dell'Accordo sul Capitale delle Banche realizzata dal Comitato di Basilea nel giugno del 2004 e recepita dalla disciplina comunitaria nel giugno 2006, è stato esplicitamente riconosciuto il ruolo svolto dalle garanzie quali strumenti di *“mitigazione del rischio di credito”*: l'acquisizione di garanzie da parte della banca consente infatti una riduzione del capitale che

essa deve accantonare ed opera quindi sul *pricing* relativo alla concessione del credito.

Il nuovo schema regolamentare contempla un'esplicita disciplina per le tecniche di mitigazione del rischio di credito, da ricondursi sostanzialmente a tre strumenti:

- garanzie reali (*financial e physical collateral*);
- garanzie individuali (*personal guarantees*);
- derivati di credito (*credit derivatives*).

Il “rischio di credito”, al quale è dedicata la maggior parte delle pagine dell'Accordo di Basilea, è viceversa il *rischio assunto dalla banca che vanta un credito nei confronti di un soggetto, il quale risulti insolvente e quindi non faccia fronte ai propri impegni di pagamento*. Tale rischio potrà essere valutato dalla banca con due metodi alternativi:

- il metodo standard;
- il metodo basato sui rating interni (Internal Rating Based).

Secondo l'approccio standard i crediti sono ponderati sulla base del rischio associato a ciascun debitore e questo va calcolato utilizzando rating esterni, forniti dall'OCSE (se il credito è verso stati nazionali) o da agenzie private di rating, la cui idoneità va valutata dall'autorità di vigilanza. Ai soggetti senza rating andrà associato un coefficiente di ponderazione pari al 100% (al quale è quindi associato il solito requisito patrimoniale dell'8%), mentre i prestiti in mora andranno ponderati al 150%. Ai crediti del settore *retail* e collegati a mutui ipotecari sono associati coefficienti di ponderazione favorevoli rispetto agli attuali. Le regole per le piccole e medie imprese (PMI) sono state modificate nell'ultima stesura dell'Accordo, a seguito delle giustificate critiche di chi riteneva inappropriato valutare il rischio di impresa per le PMI alla stregua di quello delle imprese di maggiori dimensioni.

Senza entrare in dettagli tecnici eccessivi, in questa sede ci si limita a ricordare che Basilea II, pur nel rispetto di quei principi di base che hanno ispirato Basilea I, ha riformulato i sistemi di misurazione del rischio di credito e ha aggiunto altresì la necessità di considerare altri tipi di rischio soprattutto quello "operativo" ovvero *quello legato a perdite patrimoniali risultanti da inefficienze o inadeguatezze dei processi di valutazione dei rischi*: tutto ciò prende il nome tecnico di *rating*.

Se invece la banca decide di adottare un sistema di rating interni, essa valuterà internamente il rischio associato ai soggetti cui fornisce credito. Le ponderazioni non sono lasciate interamente all'autonomia della banca: la banca avrà facoltà di calcolare alcuni input quantitativi e, sulla base di questi, specifiche formule fornite dal Comitato forniranno il requisito patrimoniale associato alla singola operazione. Gli input quantitativi sono quattro:

- PD (probability of default): è la probabilità che il debitore si dichiari inadempiente entro un certo arco temporale;
- LGD (loss given default): è la perdita che la banca subirà in caso di inadempienza;
- EAD (exposition at default): è l'esposizione in cui si troverebbe la banca in caso di inadempienza; vi appartengono le esposizioni fino a 1 milione di euro da parte di imprese con un fatturato fino a 5.
- M (maturity): è la scadenza residua dell'operazione.

Le autorità di vigilanza dovranno vigilare sul fatto che le banche, nell'implementazione dei sistemi di rating interni, rispettino criteri minimi di idoneità.

L'Accordo di Basilea II è altresì molto esplicito per quel che concerne le garanzie personali ed i garanti ammissibili. La presenza di una garanzia può permettere alla banca di scaricare capitale di vigilanza da un lato poiché essa può comportare una diminuzione della PD dell'operazione, dall'altro poiché anche la LGD sarebbe ridimensionata.

Le banche che adottino il metodo standard non possono accettare garanzie personali che non siano irrevocabili e di ammontare incontrovertibile: in caso di insolvenza del debitore, la banca deve potersi rivalere tempestivamente sul garante. La garanzia deve inoltre essere documentata e non è in nessun caso accettabile garanzia da soggetti che abbiano rischio maggiore della controparte. I garanti ammissibili sono:

- governi, enti pubblici, banche e SIM con ponderazione di rischio inferiore a quella della controparte;
- altre entità con rating pari o superiore ad A-.

3.3 Il mercato delle garanzie

“Andare in banca senza garanzie”, senza i collaterali, ma per esporre le proprie idee di affari, discutere un *business plan*, e ottenere il finanziamento bancario sulla base della qualità del progetto è il “sogno impossibile” di generazioni di imprenditori. Un “sogno”, perché il progetto di *business* (“che cosa farò dei soldi?”) è solo uno dei tanti elementi di giudizio sul merito di credito della controparte che una banca esprime, quando fa il banchiere, ossia quando concede denaro preso appropriatamente a prestito.

Il progetto di business è utile, essenziale per migliorare il giudizio sul merito creditizio dell’impresa, ma il banchiere non è un socio dell’imprenditore: copre una parte dei suoi fabbisogni finanziari con somme di cui vuole rientrare in possesso, perché non sono proprie, e perché non è l’azionista dell’impresa. Non può e non vuole confondere il rischio dell’impresa-cliente con il proprio rischio d’impresa, ossia di non aver adeguatamente valutato il rischio di controparte, di averlo magari sottovalutato, di non aver saputo chiedere le garanzie, i *collateral*, di aver applicato un tasso insufficiente. Ecco perché chi domanda credito deve prepararsi ad offrire “garanzie”.

Sgombriamo il campo dai luoghi comuni: la “garanzia” non è un arcaico strumento di facilitazione di accesso al credito, reso vetusto dalle innovazioni finanziarie e magari prossimo ad essere abbandonato per imposizione di nuove regolamentazioni come Basilea II e/o in relazione alla presunta “oggettivizzazione”⁴⁴ del merito creditizio (posto che i sistemi di *rating* delle banche siano abili ed efficaci nell’adempiere la missione che sta per essere loro affidata).

Chi scrive dimostrerà che le banche hanno sempre avuto un significativo “appetito di garanzie”, che tale appetito è uniformemente presente tra i banchieri: grandi e piccoli, globali o locali. Penso non solo che i *rating* non renderanno obsolete le garanzie, ma che Basilea III accrescerà proprio l’appetito di garanzie. Basilea III cambierà tuttavia un po’ “il palato” delle banche e le garanzie “appetitose” dovranno avere qualità e caratteristiche particolari. I garanti potranno dormire sonni tranquilli: il loro business non solo sarà florido, ma probabilmente in espansione, purché sappiano offrire le garanzie “appetitose”.

⁴⁴ Oggettivazione significa che le regole di valutazione del rischio, in base alle quali verranno concessi i prestiti, e il costo di tali prestiti per gli imprenditori sono uguali per tutti gli operatori bancari: pertanto, il credito non verrà più concesso in base a parametri soggettivi e quindi legati alla persona che ne fa richiesta.

Molti giuristi si sono chiesti se esista un mercato delle garanzie e se questo sia un bene che si possa acquistare e vendere in altri termini.

Secondo me la risposta è affermativa e negativa: si potrebbe infatti parlare di “quasi mercato”, tante sono le imperfezioni che lo caratterizzano.

Incominciamo con il distinguere le garanzie in due grandi categorie per natura giuridica: quelle “reali”, ossia i pegni sui beni mobili e le ipoteche sui beni immobili. Quelle “personali”, la seconda categoria, ossia le fideiussioni: gli impegni assunti da un garante a sostituirsi al debitore in caso di inadempimento di quest’ultimo.

Le banche hanno una incline preferenza per le prime, ed è comprensibile: in caso di pegno, il bene mobile, tipicamente si tratta di valori mobiliari, è già in loro possesso quando si registra l’inadempimento. In caso di ipoteca, normalmente il valore immobiliare sottostante è più che congruo rispetto al valore residuo del prestito quando si manifesta l’insolvenza, e ciò per di più compensa anche le spese legali di recupero. Le garanzie personali richiedono una più macchinosa procedura di recupero specie quando sono sussidiarie (come quelle dei Confidi che

vedremo nel prossimo capitolo), possono essere escusse solo dopo il debitore principale.

3.4 I soggetti garanti e i soggetti garantiti

L'introduzione del Nuovo Accordo di Basilea impone una profonda rivisitazione e ridefinizione delle logiche operative e gestionali riferite alla politica di concessione dei prestiti delle banche con l'obiettivo di raccordare le modalità di determinazione del capitale di vigilanza alle modalità di valutazione e di concessione del credito.

Il passaggio suddetto si realizza nella misura in cui si:

- a) definiscono le componenti elementari di misurazione del rischio di credito;
- b) identificano le modalità di determinazione delle componenti suddette;
- c) differenziano le logiche di misurazione per segmento di controparte;
- d) specificano le modalità di attuazione delle nuove regole riferite al capitale di vigilanza.

La portata del cambiamento è vasta e decisiva per orientare l'intero sistema creditizio a nuove logiche di gestione: l'accordo di Basilea specifica tuttavia quelli che devono essere i requisiti richiesti alle "garanzie" in generale per essere accettate nella prospettiva di mitigazione del rischio. Tali requisiti si articolano in:

- requisiti oggettivi (in quanto riferiti alla garanzia di per sé);
- requisiti soggettivi (in quanto riferiti al garante).

I tratti essenziali delle due disposizioni portano a individuare nella copertura diretta, nella copertura integrale e incondizionata da un lato e nella natura di banca, impresa o ente pubblico dotati di un rating almeno pari a BBB dall'altro lato gli elementi di riconoscibilità della garanzia.

3.5 La rilevanza delle garanzie ai sensi di Basilea 2

Le nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le Banche, introdotte dalla Banca d'Italia con la Circolare n. 263 del 27/12/2006, recepiscono il Nuovo Accordo sulla "Convergenza

internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali” (“Basilea II”) e l’omologa normativa 13 comunitaria dettata dalle direttive UE n. 48 e n. 49 del 14.06.2006. Il complessivo sistema di regole prudenziali governato dalla circolare 263/2006 si fonda su “tre pilastri”, che disciplinano:

- i nuovi requisiti patrimoniali (“primo pilastro”), ossia i coefficienti patrimoniali obbligatori di vigilanza che configurano la dotazione minima di capitale che ogni intermediario deve possedere per fronteggiare i rischi tipici della sua attività e per la cui misurazione sono utilizzabili metodologie alternative di calcolo caratterizzate da differenti livelli di complessità sia nelle tecniche di computo sia nei requisiti organizzativi e di controllo;
- il processo di controllo prudenziale (“secondo pilastro”), ossia il sistema di controlli interni di cui ciascuna banca deve dotarsi per assicurare l’adeguatezza patrimoniale ed organizzativa, attuale e prospettica, a fronte di tutti i rischi rilevanti per la sua attività (“Internal Capital

Adequacy Assessment Process” – ICAAP) ed il sistema dei controlli esterni che l’Autorità di Vigilanza esercita su stabilità, efficienza, sana e prudente gestione degli intermediari stessi (“Supervisory Review and Evaluation Process – SREP), per verificare l’affidabilità e la coerenza dei risultati ed adottare, ove la situazione lo richieda, le opportune misure correttive;

- l’informativa al pubblico (“terzo pilastro”), ossia gli obblighi informativi verso il mercato che ogni banca è chiamata ad assolvere (disciplina di mercato) in materia di adeguatezza patrimoniale, esposizione ai rischi e relativi sistemi di identificazione, misurazione e gestione. In particolare, le disposizioni prudenziali concernenti il cosiddetto “terzo pilastro” impongono specifici obblighi di informativa al pubblico – diretti a rafforzare la disciplina di mercato – che riguardano i profili di adeguatezza patrimoniale e di esposizione ai rischi nonché le caratteristiche dei sistemi interni preposti all’identificazione, alla misurazione ed alla gestione dei rischi stessi.

L'impiego di tecniche di “*Credit Risk Mitigation*” è volto a ridurre o a trasferire il rischio di credito: tuttavia, poiché l'accettazione di garanzie personali e finanziarie non può accrescere altri rischi (come, ad esempio, il rischio legale, il rischio operativo, il rischio di liquidità o il rischio di mercato) è necessario che la banca, nel processo di ricerca e definizione del ruolo delle garanzie tenga in adeguata considerazione questi ultimi aspetti (ed ecco perché non tutte le banche potranno adottare i medesimi “schemi organizzativi”).

Le tecniche di mitigazione del rischio sono:

- le garanzie personali ed i *credit derivatives*, i cui requisiti minimi sono riconducibili ai seguenti aspetti:
 - Copertura diretta
 - Copertura esplicita
 - Copertura irrevocabile
 - Copertura incondizionata
 - Escussione diretta del garante
 - Obbligo diretto del garante

- Copertura in base al valore dell'esposizione (principio del "valore di mercato")
- Valore "legale"

Tutte le condizioni sopra elencate possono essere prese in considerazione se, e solo se, il garante è riconducibile ai seguenti soggetti:

- Stati;
- Enti pubblici e banche con ponderazione di rischio inferiore a quella del debitore;
- Imprese con *rating* pari almeno ad A-

SOLO il rispetto contemporaneo di tutti questi presupposti permette la corretta applicazione del cosiddetto principio del *substitution ceiling*, ovvero la sostituzione dell'obbligato principale con il garante.

2) Le garanzie reali "finanziarie"

E' la parte più complessa del sistema di mitigazione del rischio inserito nel documento di Basilea II. L'obiettivo delle garanzie reali ed il loro trattamento è funzione sia degli aspetti specifici delle singole attività,

sia dell'organizzazione dell'intermediario stesso. Inoltre, viene previsto un sistema di accettazione più elastico (ad esempio, un numero superiore di attività accettabili come garanzia di un'operazione), quando è dimostrato un maggiore *commitment* dell'intermediario nel valorizzare i differenti aspetti delle singole attività poste a garanzia.

In definitiva, la normativa esposta nel nuovo documento evidenzia, da un lato, una maggiore sensibilità a numerosi profili di rischio creditizio e, dall'altro lato, livelli di complessità decisamente superiori di quanto non fosse possibile riscontrare nella versione precedente dell'accordo.

I requisiti minimi delle garanzie reali o finanziarie sono riconducibili ai seguenti aspetti:

- Certezza “legale”

- Deve esistere la possibilità per la banca di escutere direttamente l'attività posta a garanzia;
- Devono esistere tutte le misure volte alla tutela dell'intermediario (ad esempio, limiti alla possibilità di trasferimento della proprietà)

- Bassa correlazione con l'affidamento sottostante

- Il valore dell'attività posta a garanzia non può dipendere dalla qualità creditizia di chi l'ha posta in essere (ad esempio, titoli azionari del debitore)

- Disponibilità di robusti processi di gestione del rischio

- Devono esistere tutte le procedure in grado di garantire una veloce liquidazione delle posizioni incagliate in modo da sfruttare adeguatamente il controvalore delle garanzie ottenute.

Le garanzie reali ammissibili sono:

- Depositi in contante presso la banca
- Oro
- Titoli di debito con rating assegnato da ECAI riconosciute, se questi rating sono pari ad almeno:
- Strumenti di capitale, incluse le obbligazioni convertibili, compresi in uno dei principali indici;
- Certificati trasferibili di organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) e quote di fondi comuni (a patto che la valorizzazione avvenga giornalmente e che la tipologia di titoli inseriti negli stessi sia compatibile con gli strumenti accettabili come garanzia;

- Titoli di debito non classificati da ECAI riconosciute, ma che presentino contemporaneamente caratteristiche ben precise:

1. Emessi da banche
2. Quotati su mercati ufficiali
3. Di primo grado

Al verificarsi di particolari condizioni, le banche possono utilizzare come strumenti mitiganti il rischio anche:

- Azioni non comprese in uno dei principali indici, ma quotate in mercati ufficiali;
- Certificati di organismi di investimento collettivo/quote di fondi comuni che comprendono tali azioni.

Attualmente, anche alla luce degli accordi, si può affermare che le garanzie reali finanziarie offerte, come vedremo in seguito nell'esperienza italiana del mondo Confidi, non presentano alcuna caratteristica di mitigazione del rischio. Tutto ciò capita a causa di alcuni elementi comuni:

- la garanzia non è esplicita e non permette un legame diretto tra posizione della banca e quantità di risorse disponibili per la stessa in caso di default della controparte;

- oggi non assume più importanza il fatto che la garanzia diventi facilmente escutibile al momento del default, perché si tratta di un aspetto che va vagliato prima dell'erogazione;

- la banca, anche per le cause precedenti, non è in grado di quantificare la perdita in caso di default (tecnicamente LGD – *loss given default*) proprio perché riceve una “garanzia complessiva”;

- molto spesso le garanzie fornite non sono “a prima richiesta”, ma successive ai tentativi di escussione in capo all'obbligato principale.

LE GARANZIE PERSONALI E REALI: UN'ANALISI COMPARATA DEI PRINCIPALI MODELLI EUROPEI

4.1. Premessa

Il mondo economico è largamente basato sulla disponibilità di garanzie e, pertanto, le normative che disciplinano i crediti hanno una notevole influenza sulla salute dell'economia. Con il termine “garanzie personali”, alla stregua di quelle reali, si fa riferimento a garanzie atte a rafforzare le aspettative del creditore in relazione al conseguimento della prestazione del debitore. Le garanzie presentano carattere personale quando forniscono al creditore un ulteriore patrimonio sul quale rivalersi in ipotesi di inadempimento del debitore.

Emerge subito come il termine garanzie personale sia in realtà assai generico: infatti vi si possono fare rientrare diverse figure di contratti che, seppur simili quanto alla *ratio* che li caratterizza, sono tuttavia da tenere distinti.

Le garanzie personali possono essere:

- Tipiche: la fideiussione, il mandato di credito, l'anticresi e l'avallo;

- Atipiche, ossia rimesse alla esclusiva creazione dei privati: la fideiussione *omnibus*, il contratto autonomo di garanzia, le lettere di patronaggio e le varie forme di cessione a scopo di garanzia.

Per scoprire le origini storiche delle garanzie personali occorre risalire indietro nel tempo. Il più antico codice che abbia disciplinato le garanzie personali è quello di Hamurabi, nel 2250 AC: questo codice anticipava la moderna disciplina delle *corporate surety*.

Anche i Romani nel 150 AC avevano sviluppato una complessa disciplina delle garanzie personali. Molti secoli dopo, nell'epoca giustiniana, la fideiussione era così radicata nel sistema dei commerci, da essere la più usata, anche se non la sola forma di garanzia. Le origini dei diritti di *contribution* e di *subrogation* vanno fatte risalire proprio al diritto romano, la cui estesa disciplina della Fideiussione avrebbe poi ispirato tutti i codici dell'Europa continentale.

Il diritto inglese⁴⁵, d'altra parte, si è sviluppato in questo campo in modo autonomo, attingendo poco dal diritto romano, ma la disciplina sostanziale delle garanzie appare sorprendentemente simile.

⁴⁵ Morgan, "History and economics of Suretyship, 1927".

Nel periodo anglosassone, le garanzie erano un requisito indispensabile di ogni transazione. Una legge così dichiarava: *“Nessun individuo può acquistare o barattare senza garante e testimoni”*.

Nel XIV secolo si è visto il graduale passaggio dalla pratica della garanzia tramite testimoni a una visione prettamente contrattuale del rapporto tra la parti.

Inoltre, ai tempi di Elisabetta I, iniziava a prendere piede la convinzione del carattere oneroso della concessione di garanzia.

4.2. Le garanzie personali tipiche: la fideiussione, il mandato di credito, l'anticresi, l'avallo

La fideiussione è collocata all'interno del codice civile nella parte dedicata ai singoli contratti. Si tratta di una collocazione comune nell'ambito dei paesi di *civil law* e rispecchia la distinzione classificatoria tra garanzie personali e garanzie reali⁴⁶.

A norma dell'art. 1936 cod. civ. la fideiussione è il contratto mediante il quale un soggetto, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di una obbligazione altrui.

⁴⁶ A. Tucci, *Garanzia in Eng. Giur.*, XIV, Roma, 1989, 10

In tal senso, la garanzia viene definita personale poiché il creditore può soddisfarsi sopra il patrimonio di una persona diversa dal debitore, riguardando esclusivamente il patrimonio del fideiussore. La fideiussione è efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza.

L'origine del rapporto fideiussorio scaturisce da un obbligo o da un onere. Secondo un insegnamento tradizionale, l'obbligo per sua natura, subordina un interesse proprio a un interesse altrui, mentre l'onere subordina un interesse proprio ad un altro interesse proprio. Entrambi sono accumulati dall'elemento del vincolo della volontà, ma c'è differenza nell'elemento sostanziale, perché nel caso di obbligo il vincolo è imposto per la tutela di un interesse altrui, mentre in caso di onere, per la tutela dell'interesse proprio. Sia l'obbligo che l'onere possono avere fonte legale o negoziale.

Carattere fondamentale della fideiussione è l'accessorietà rispetto all'obbligazione principale garantita⁴⁷

L'accessorietà è una particolare figura di connessione giuridica: connessione vi è tra l'obbligazione fideiussoria e quella garantita, non in base a un'ulteriore qualificazione della relazione tra le due obbligazioni che si aggiunga a quella dell'accessorietà, ma proprio in forza di questa accessorietà. Alla base del nesso tra le due

⁴⁷ Cass. Civ. Sez. Un., sent. 5 febbraio 2008, n. 2655

obbligazioni vi è una comune finalità pratica e cioè la realizzazione dell'interesse che ha giustificato la costituzione dell'obbligazione garantita.⁴⁸

Da ciò ne discende che a) la garanzia sussiste se e fino a quando sussiste l'obbligazione cui accede; b) la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore né può essere prestata a condizioni più onerose (art. 1941); c) la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale; d) il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salvo quella derivante dall'incapacità (art. 1945).

L'art. 1937 cod. civ. dispone che la volontà di voler prestare la fideiussione deve essere espressa, di conseguenza la costituzione di una obbligazione fideiussoria non potrà avvenire per *facta concludentia*.

In linea generale il fideiussore si considera obbligato in solido con il debitore principale, tuttavia le parti possono convenire il “beneficio di escussione”, ossia l'obbligo della previa escussione del debitore principale. Può essere altresì stabilito il “beneficio della divisione”, in virtù del quale il debito viene suddiviso in tanti

⁴⁸ M. Fragali, Fideiussione, cit., 69.

parti quanti sono i fideiussori ed ogni fideiussore può esigere che il creditore richieda solo la sua parte⁴⁹ (art. 1947 cod. civ.).

Il fideiussore, tuttavia, gode di diritti per la propria tutela come la surroga nei diritti che il creditore aveva contro il debitore: il fideiussore può utilizzare contro il debitore originario tutti i mezzi di garanzia (pegno, ipoteca, ecc.) di cui era titolare il creditore. Altresì, il fideiussore che ha adempiuto al posto del debitore potrà agire in regresso contro quest'ultimo, tale previsione ha lo scopo di permettere la restituzione al fideiussore di tutto ciò che abbia pagato per il debitore principale.

Il mandato di credito è il contratto mediante il quale una persona si obbliga verso un'altra persona a far credito ad un terzo (art. 1958 cod. civ.). La norma prevede che la persona che ha incaricato l'altra di far credito risponde come fideiussore di un debito futuro. Tale figura negoziale rientra nello schema della fideiussione. Il mandato di credito mira al medesimo risultato pratico cui tende la fideiussione, poiché entrambi i negozi sono votati a procurare un rafforzamento della pretesa creditoria e ad agevolare il debitore nella propria richiesta di credito. Tuttavia sussistono numerose differenze tra i due istituti giuridici.

⁴⁹ Cass. Civ., ASent. 17 luglio 2009, n. 16807

Il mandato di credito in un momento iniziale, aspira a procurare credito al debitore, e lo scopo di rafforzamento non si attua se il credito non è concesso, mentre nella fideiussione lo scopo di garanzia è essenziale e immediato. Dal mandato di credito non deriva nessuna obbligazione a causa fideiussoria, bensì un'obbligazione sussidiaria di colui al quale è stata fatta promessa di far credito al terzo.

Infine il mandato di credito sorge anteriormente all'obbligazione alla quale quella del promissario accede, mentre la fideiussione è successiva all'obbligazione garantita e, anche quando venga prestata per un'obbligazione futura, comporta sempre una garanzia effettiva, mentre il mandato di credito resta sempre promessa di credito al terzo prima che rafforzamento dell'obbligazione che attua la promessa stessa.

L'art. 1960 cod. civ. disciplina l'anticresi come quel contratto mediante il quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché questi ne percepisca i frutti, imputandoli prima agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale.

La funzione di questo contratto è duplice: di garanzia (rappresentata dalla consegna dell'immobile) e solutoria (rappresentata dal pagamento degli interessi e del capitale

mediante i frutti del fondo). L'anticresi dura finchè il creditore sia stato interamente soddisfatto del proprio credito, salvo che sia stata stabilita la durata, che non può mai superare i dieci anni.

L'avallo è una forma di garanzia tipica dei titoli di credito che consiste in una dichiarazione con la quale l'avallante assicura il pagamento della cambiale nei confronti di ogni possessore del titolo legittimato a esercitare il diritto in essa incorporato.

A differenza del fideiussore, l'avallante non si obbliga verso un determinato creditore, ma assicura il pagamento nei confronti di chiunque risulti legittimo portatore del titolo.

Sono ritenute incompatibili con l'avallo e, dunque inapplicabili tutte le disposizioni fideiussorie che sottendono un'accessorietà tra rapporto garantito e rapporto di garanzia, quali artt. 1939 e 1945 cod. civ.

4.3. Le garanzie personali atipiche: la fideiussione *omnibus*, il contratto autonomo di garanzia, le lettere di *patronage*, le cessioni a scopo di garanzia

In risposta alla sopravvenuta esigenza di adeguare le forme di garanzia alla dinamica e alla rilevanza assunta dal sistema dei

flussi finanziari, la prassi negoziale, specie nella regolamentazione dei rapporti banca-cliente, ha modellato lo schema tipico della fideiussione in modo da attribuirle una funzione di copertura omnicomprensiva dell'esposizione debitoria del cliente nei confronti della banca creditrice e di rafforzamento della tutela delle ragioni creditorie, così ottenendo, al contempo, una riduzione dei tempi e degli oneri connessi all'erogazione del credito.

Tale funzione viene realizzata attraverso l'inclusione nel modello contrattuale della fideiussione di una clausola, così detta *omnibus*, con la quale un soggetto si obbliga personalmente nei confronti di una banca a garantire, entro il limite di un importo predeterminato, tutte le obbligazioni che il debitore principale assumerà nei confronti della banca stessa. Dunque, se alla scadenza pattuita o al momento in cui la banca deciderà di recedere dal rapporto il debitore principale non sia in grado di provvedere all'estinzione dei suoi debiti, la banca potrà rivolgersi al fideiussore *omnibus*, il quale dovrà pagare anche se non era a conoscenza dell'entità dei debiti del garantito. In altre parole, non occorre chiedere garanzie per ogni operazione bancaria, giacché tale tipo di fideiussione riguarda anche i debiti futuri.

La funzione causale della fideiussione *omnibus* permane identico a quello della fideiussione *sic et simpliciter* considerata in quanto entrambe assolvono la medesima funzione di garanzia.

Il profilo che distingue tali due forme di garanzia investe, invece, l'ambito oggettivo del negozio in quanto, nella garanzia della fideiussione *omnibus* si estende alla garanzia dell'adempimento (anche) delle obbligazioni che il fideiuvato assumerà successivamente nei confronti del creditore.

La fideiussione *omnibus* presenta, quindi, i lineamenti di una forma di garanzia "in divenire", connessa causalmente a un rapporto obbligatorio principale anch'esso contemplato come *in fieri*.

La dottrina e la giurisprudenza hanno dubitato, specie nel passato, della validità di questa garanzia in quanto non sufficientemente determinata. La dottrina, infatti, riteneva (e ritiene tutt'ora) che, nonostante l'art. 1938 c.c. contempli espressamente la possibilità di configurare una fideiussione a garanzia di obbligazioni future, il negozio costitutivo di tale garanzia non può sottrarsi alle norme generali in tema di oggetto del contratto, con inerente applicabilità delle disposizioni che sanciscono la nullità dell'operazione negoziale in ipotesi di oggetto non determinato e non determinabile.

Tuttavia, tali dubbi non hanno più ragione di essere dopo la modifica apportata dalla legge 17 febbraio 1994, n. 154 sulla trasparenza bancaria all'art. 1938 c.c., nel senso di subordinare la validità della fideiussione futura alla condizione che sia specificato l'importo massimo garantito.

Occorre, tuttavia, interrogarsi se, per soddisfare la prescrizione dell'art. 1938 c.c., sia sufficiente inserire nel negozio costitutivo della garanzia un qualsiasi limite di importo, anche se sproporzionato rispetto ai prevedibili sviluppi dell'attività con il cliente o alle reali capacità di rimborso di quest'ultimo, oppure se sia necessaria la previsione di un importo ragionevole e congruo rispetto a quella capacità e a quella attività.

L'adesione alla prima interpretazione comporta l'esclusione della insindacabilità dell'importo massimo garantito in termini di ragionevolezza e di congruità, di modo che il significato dell'innovazione legislativa si esaurisce nel richiamare semplicemente l'attenzione del fideiussore sull'entità dell'impegno assunto, così da indurlo ad una più consapevole determinazione⁵⁰

⁵⁰ In tal senso, Terranova, *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, 84).

Questa opzione ha il pregio della semplicità e della certezza, pur limitando i rimedi a disposizione del garante, cui non resta che la scelta tra prestare o meno la fideiussione.

L'adesione al secondo orientamento interpretativo consente di attribuire all'innovazione normativa più incisività e tutela del contraente normalmente debole nell'ambito delle fideiussioni bancarie attive. Tale tesi, tuttavia, non pare inserirsi nel contesto normativo legislativo, poiché manca ogni riferimento normativo alla natura e alla fonte dell'obbligazione garantita, in funzione della quale possa effettuarsi un sindacato in termini di ragionevolezza o di congruità del massimale.

Nella pratica degli affari, però, l'ostacolo rappresentato da tale limite viene aggirato facendo convenire al fideiussore un importo massimo garantito di entità notevolissima, in modo tale che non possa comunque essere raggiunto nel caso specifico.

Nella prassi delle relazioni negoziali in ambito commerciale, economico e finanziario è stata elaborata da tempo una peculiare figura di garanzia personale, divergente dal tipo fideiussorio disegnato dal legislatore, atta a garantire al beneficiario l'utile soddisfazione della propria pretesa creditoria attraverso il rafforzamento dello strumento della garanzia, realizzato

disancorando parzialmente le vicende del rapporto principale dalle vicende del rapporto di garanzia.

In effetti, con il contratto autonomo di garanzia a prima richiesta un soggetto si impegna al versamento, in favore del beneficiario, della somma garantita, senza possibilità alcuna di avanzare eccezioni attinenti al rapporto principale tra beneficiario e terzo garantito.

Il vantaggio che questa figura, nata dalla pratica del commercio internazionale (*bid bond o performance bond*), attribuisce al creditore-beneficiario è evidente, avendo questi la certezza di ricevere il denaro non appena ne faccia richiesta, senza che il garante (di regola una banca o una compagnia di assicurazioni) possa opporgli alcuna eccezione (finanche quella dell'avvenuto pagamento): egli dovrà pagare, appunto, a "prima richiesta"; solo successivamente il debitore-garantito potrà far valere le proprie ragioni, chiedendo la restituzione di quanto versato. Proprio per ciò si è dubitato della legittimità di questa figura, facendo leva sulla sua mancanza di causa e di accessorietà: dubbi che, tuttavia, la giurisprudenza, in maggioranza, ha respinto⁵¹.

⁵¹ Cfr. Cass. Civ., sentenza 3 marzo 2009, n. 5044; Cass., Sez. un., sentenza 27 febbraio 2008, n. 5090).

L'elemento caratterizzante del contratto autonomo di garanzia consiste nella autonomia e nell'indipendenza che la garanzia assume nei confronti del rapporto di valuta, rispetto al quale risulta reciso quel vincolo di accessorietà e scisso quel legame di dipendenza che connotano in modo identificativo la garanzia fideiussoria.

L'autonomia del contratto di garanzia determina l'assunzione da parte del garante dell'impegno di pagare al beneficiario della garanzia "a semplice" richiesta del creditore, con rinuncia ad opporre le eccezioni relative al rapporto garantito.

La carenza dell'elemento dell'accessorietà come caratteristica fondamentale del contratto autonomo di garanzia distingue tale figura dalla fideiussione⁵².

La dottrina dominante e la giurisprudenza, all'esito di una analisi comparativa con la funzione del negozio fideiussorio (funzione consistente nella garanzia dell'adempimento dell'obbligazione altrui) hanno individuato la causa del contratto autonomo di garanzia nella traslazione del rischio economico inerente al contratto principale dalla sfera patrimoniale del creditore a quella del garante.

⁵² Cass. Civ., sez. III, 9 novembre 23006, n. 23900.

Il rischio traslato consiste nel mancato raggiungimento da parte del soggetto garantito del risultato economico cui era prodromico il negozio garantito.

La ricerca di forme e strumenti flessibili di garanzia, conformi alle esigenze negoziali manifestatesi nella prassi del commercio e della finanza, ha dato origine alle c.d. lettere di patronage con cui, in occasione dell'erogazione di un mutuo, dell'apertura di credito o della stipulazione di un contratto di finanziamento, un soggetto legato da particolari rapporti con il beneficiario della somma eroganda rende dichiarazioni, in forma epistolare, circa lo stato del debitore. Le lettere di *patronage* consistono in dichiarazioni in uso nei rapporti commerciali con cui il dichiarante, con diversa intensità ed efficacia, presenta al potenziale creditore un soggetto terzo, al fine di rafforzare il convincimento che costui farà fronte ai propri impegni futuri.

La “forza” di garanzia⁵³ della lettera di patronage può variare: da quella minimale di una mera raccomandazione, senza alcun particolare valore giuridico, a quella di vera e propria fideiussione.

⁵³ L'obbligo di indicazione dell'importo massimo garantito previsto per le fideiussioni per obbligazioni future o condizionali dall'art. 1938 c.c., nel testo novellato dalla l. 154/92, corrisponde ad un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico ed ha valenza generale, applicandosi anche alle garanzie atipiche e, tra queste, alle lettere di patronage (Cass. Civ., sez. III, sentenza 26 gennaio 2012, n. 1520)

A seconda del tenore, tali dichiarazioni possono, quindi, assumere carattere informativo o impegnativo.

Solitamente il soggetto dichiarante (*patronnant*) è titolare di una partecipazione di controllo (o comunque tale da consentire l'esercizio di un'influenza dominante) sull'ente beneficiario del finanziamento o legato ad esso da accordi parasociali o da vincoli contrattuali: situazioni, queste, che giustificano e fondano l'interesse del *patronnant* alla prestazione della dichiarazione.

Il tratto distintivo della lettera di *patronage* rispetto alla fideiussione risiede nella natura dell'obbligazione assunta dal *patronnant* nei confronti del creditore, consistente non nella garanzia dell'adempimento dell'obbligazione altrui, ma nell'assunzione di un impegno qualitativamente diverso da quello del debitore.

Diversa, quindi, è la funzione⁵⁴, non essendo volta la lettera di *patronage* a garantire in senso tecnico l'adempimento dell'obbligazione altrui (come avviene per la fideiussione) ma essendo prodromica a instillare nel creditore il convincimento che il patrocinato adempierà all'obbligo restitutorio.

⁵⁴ L. Barbiera, Le garanzie atipiche innominate nel sistema del codice civile del 1942, in Banca Borsa, 1992, 727).

La divergenza causale è supportata sul piano formale dall'art. 1937 c.c., in forza del quale la manifestazione della volontà di assumere l'obbligazione fideiussoria deve essere espressa in modo inequivocabile, pur potendo non risultare da atto solenne.

Questione ampiamente dibattuta è stata quella riguardante la natura, giuridica o metagiuridica, delle lettere di *patronage*.

Secondo un primo orientamento, le dichiarazioni in esse contenute sarebbero inidonee a vincolare giuridicamente il dichiarante, stante il carattere morale delle stesse. Si affermava, in particolare, che l'aver fatto ricorso a tali dichiarazioni piuttosto che agli strumenti di garanzia riconosciuti dalla legge, fosse indice delle volontà delle parti di escludere il vincolo giuridico in capo al dichiarante.

Il carattere metagiuridico impedirebbe l'assunzione di alcun obbligo di garanzia da parte del dichiarante né di alcun obbligo giuridicamente vincolante.

Detta presunzione è superabile con la prova contraria che la parti abbiano inteso confinare le loro relazioni nella sfera sociale e della sola cortesia. La presunzione di giuridicità delle lettere *de quibus* è, peraltro, corroborata dalla circostanza del loro utilizzo da parte di operatori professionali, della particolare cura e attenzione con le

quali vengono redatte e del rilievo degli interessi economici coinvolti nelle operazioni in cui vengono impiegate⁵⁵.

Esistono, da ultimo, delle forme di garanzie che, in realtà, costituiscono dei veri e propri contratti traslativi (anche tipici), i quali tuttavia, vengono utilizzati dalle parti come garanzia dell'adempimento di un'obbligazione. Si pensi, a titolo di esempio, all'alienazione di una cosa o alla cessione di un credito a scopo di garanzia, alla vendita con patto di riscatto o di retrovendita, al riporto, al *sale and lease back*.

In tutte queste ipotesi il bene ceduto (immobile, credito, ecc.) garantisce, in caso di inadempimento, il soddisfacimento del credito; in modo, tra l'altro, anche più vantaggioso rispetto alle normali garanzie reali, poiché qui non occorre dar luogo alla complessa procedura esecutiva, visto che il creditore – al momento dell'inadempimento del debitore – già si trova nella titolarità del bene alienato in garanzia.

⁵⁵ S. Vannoni, Lettere di patronage deboli e responsabilità del *patronnant*, in Banca Borsa, 1994, 43; M. Costanza, Lettere di patronage “deboli” e responsabilità del *patronnant*, in AA.VV., Le garanzie contrattuali, Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale, Milano, 1994, 485.).

4.4. Le garanzie personali in diritto comparato: la fideiussione in generale

Nei sistemi continentali la fideiussione (cautionnement, Burgschaft) è prevista dai codici come contratto, in forza del quale il difeiussore garantisce al creditore l'adempimento di un'obbligazione altrui: la stipulazione avviene quindi tra il fideiussore ed il creditore garantito.

Nel sistema inglese, invece, il contract of guarantee può assumere i connotati della fideiussione, oltre a quelli dell'accollo, con o senza intervento del creditore .

Il tipo legale consacra dovunque il carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria, che viene travolta dall'invalidità del rapporto garantito.

Anche in diritto inglese si rinviene questa regola, oggetto di una imitazione della soluzione di civil law: l'accessorietà venne infatti accolta dalla sentenza *Coutts & Company v. Browne-Lecky*, del 1947.

Particolare interesse riveste la fideiussione concessa senza controprestazione, la quale produce obbligazioni a carico di una sola parte e, pertanto, il contratto si conclude con la manifestazione di volontà del solo fideiussore. La dottrina italiana è concorde nell'applicare l'art. 1333 c.c., mentre il gli interpreti

tedeschi lo associano al 766 BGB, limitando l'onere formale soltanto alla dichiarazione del fideiussore, ammettendo l'accettazione tacita da parte del creditore. Anche nel diritto francese si ammette l'accettazione tacita.

In diritto inglese trova applicazione la regola sugli unilateral contracts: il fideiussore non può revocare la promessa e pertanto il contratto è concluso nel momento in cui il creditore garantito attua il comportamento previsto dal fideiussore.

Nei sistemi di common law la situazione è più complessa. In effetti, le corti inglesi hanno sviluppato la teoria del promissory stoppe, ossia una dichiarazione relativa a fatti o a proprie intenzioni che vincola l'autore verso il destinatario che abbia fatto affidamento sulla dichiarazione, che abbia di conseguenza agito autonomamente.

Negli Stati Uniti questa teoria è stata accompagnata da un intenso riesame del requisito della consideration, in caso di ragionevole affidamento del promissario. Si è così sviluppata l'azione di reliance in virtù della quale la fideiussione gratuita obbliga il promittente se questi può ragionevolmente aspettarsi l'affidamento del creditore, o di un terzo, i quali di conseguenza subiscano un detriment economico irreversibile .

Oltre che nella prassi bancaria italiana, anche in quella di molti paesi, sia di civil law sia di common law, si è sviluppato il ricorso alla fideiussione omnibus: cautionnement générale o continuino guaranty.

In civil law la diffusione di questa forma negoziale è dovuta anche alla circostanza che non si è sviluppato un sistema di garanzie reali senza spossessamento sul capitale circolante dell'impresa, idoneo a garantire la restituzione dei finanziamenti necessari allo svolgimento dell'attività, cosa che, al contrario, è avvenuta nei paesi di common law, i quali si sono dimostrati più pronti ad adeguarsi a tale esigenza del mercato.

Il tema della nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto è stato affrontato anche dalla dottrina di altri paesi.

In Germania, la Corte suprema ha ritenuto valida la clausola di fideiussione omnibus solo se di ammontare limitato.

In Francia l'Association Francaise des Banques ha raccomandato alle aziende di credito di fissare, per quanto possibile, un limite al cautionnement omnibus richiesto.

Di solito il contratto di fideiussione omnibus viene redatto per iscritto. Nei paesi in cui non vi sono norme legali che prescrivono una determinata forma e, quindi, a titolo di esempio in Italia (cfr. art. 1937 c.c.), in Francia (art. 2051 code civil), in Spagna (art.

1827 codice civile), ciò può essere spiegato dalla vigenza di regole che ammettono la prova testimoniale sull'esistenza del contratto solo a determinate condizioni.

In altri sistemi giuridici la forma scritta è composta direttamente dalla legge a fini probatori. Ciò avviene in Inghilterra, in base allo Statute of Frauds del 1667, e nei paesi di common law che l'hanno adottato, tra cui gli Stati Uniti.

L'obbligo del fideiussore, in base all'art. 7, 1 comma, dell'ABI è quello di pagare all'azienda di credito "quanto dovutole per capitale, spese, tasse e ogni altro accessorio".

Come detto, in Italia egli deve versare la somma a semplice richiesta, senza potersi valere delle eccezioni proprie del debitore.

Le clausole contrattuali relative all'ambito della copertura garantita e all'automatismo dell'escussione sono frequenti anche nella prassi bancaria francese e tedesca.

Negli Stati Uniti la continuing guaranty è, di regola, assoluta, nel senso che il guarantor è tenuto a pagare se il debitore non adempie, senza poter pretendere che il creditore, in prima battuta, intraprenda contro quest'ultimo tutte le azioni legali possibili.

4.5 Il contratto autonomo di garanzia: la scuola tedesca, franco-belga ed inglese

L'ordinamento tedesco ha ammesso la validità di contratti di garanzia autonomi ed ha anche provveduto ad elaborare un quadro teorico di riferimento.

All'interno di tale ordinamento trova spazio la regola della causalità dei contratti obbligatori la quale coesiste con l'attribuzione ai privati del potere di obbligarsi astrattamente: a ciò servono le promesse di pagamento indipendenti previste da 780 e 781 B.G.B., che obbligano di per sé, senza riguardo ad un determinato scopo negoziale .

Giuristi ed interpreti, intenzionati a non subordinare la validità di promesse obbligatorie all'enunciazione di una causa, appaiono poco propensi a dubitare della validità di promesse che esprimono una causa specifica, quale la garanzia: di fronte all'indicazione della causa (Zweck), essi non avvertono l'esigenza di oggettivarla in un rapporto fondamentalmente valido. Ad essi risulta sufficiente che lo scopo di garanzia abbia un termine di riferimento in un effettivo interesse del creditore.

Gli interpreti francesi e belgi hanno accolto favorevolmente i contratti autonomi di garanzia, nonostante si tratti di due

impostazioni che hanno sempre affermato la necessità della causa per la validità di ogni contratto.

Così, la giurisprudenza francese ha qualificato senza indugio come causali le garanzie bancarie, identificando la causa nel rapporto principale e riconoscendo la causalità in ragione del loro legame con il rapporto principale. Così, si afferma che la giustificazione delle garanzie bancarie sta nella strumentalità alla soddisfazione degli interessi regolati nel rapporto principale.

La giurisprudenza belga in un primo momento si era orientata per l'astrattezza che, comunque, non ostacolava la validità, mutando poi orientamento. L'ordinamento belga afferma che le garanzie bancarie danno vita ad obbligazioni giustificate dalla sola volontà delle parti, in quanto indipendenti dal rapporto principale.

Pare che le garanzie autonome abbia tratto origine proprio dal diritto inglese.

La stessa terminologia corrente richiama un istituto peculiare, il bond, il quale è un atto di tipo under seal con il quale un soggetto si impegna a pagare a favore di un altro una somma certa di denaro. Come anche, è richiamato il sottotipo conditional bond, nel quale l'impegno diviene efficace nel caso in cui non si verifichi il comportamento umano o il risultato dedotto quale condizione.

Il conditional bond, per le sue caratteristiche, può aver fornito lo stampo in cui calare promesse altrimenti di dubbia enforceability. Esso, infatti, permette di risolvere il problema della consideration offerta dal creditore all'obbligato o al suo principale; dall'altro, tacendo sulla effettiva natura del rapporto, esso permette di occultare la funzione sanzionatoria che tali promesse svolgono.

4.6. Le garanzie reali: pegno ed ipoteca

Il pegno e l'ipoteca, i quali presuppongono necessariamente l'esistenza di un credito da soddisfare, sono entrambi diritti reali e presentano i caratteri dell'assolutezza (nel senso che sono inerenti ai beni sui quali gravano e sono opponibili erga omnes), della tipicità e del diritto di sequela (in quanto attribuiscono al creditore il potere di espropriare il bene gravato da tali diritti e soddisfarsi sul ricavato, anche se la proprietà del bene stesso è stata trasferita ad altri).

Attraverso i diritti di pegno ed ipoteca, le ragioni del creditore sono soddisfatte mediante facoltà di espropriare il bene in caso di inadempimento del debitore e di essere preferito rispetto ad altri creditori.

Vi sono, inoltre, rilevanti differenze tra le due figure. In primo luogo, si differenziano con riguardo all'oggetto (beni mobili, crediti, ecc per il pegno; beni immobili, mobili registrati per l'ipoteca) e con riguardo alle modalità di spossessamento (nel pegno la cosa passa al creditore pignoratizio, nell'ipoteca rimane al debitore).

Il pegno costituisce lo strumento giuridico attraverso il quale il legislatore riconosce al creditore il diritto di tutelare le proprie ragioni su beni mobili (su un credito, universalità di mobili e altri diritti aventi per oggetto mobili) del debitore .

Dal lato soggettivo, il pegno può essere costituito dal debitore o da un terzo (art. 2784, comma 1, c.c.). Il pegno costituito da un terzo si differenzia, tuttavia, dalla fideiussione in quanto quest'ultima non comporta un vincolo reale sulla cosa rappresentano una forma di garanzia personale.

Al fine di realizzare il credito garantito dal pegno, il creditore dovrà richiedere che si proceda a vendita all'incanto della cosa ricevuta in pegno (art. 1796 c.c.) ovvero domandare al giudice che la cosa gli venga assegnata in pagamento, fino alla concorrenza del suo credito (art. 2798 c.c.).

Quanto alla forma necessaria per la costituzione di tale diritto di garanzia reale, si dirà che essa può avvenire anche oralmente,

sebbene la forma scritta è reperibile anche al fine di poter opporre il diritto ai terzi. La scrittura dovrà avere data certa ed indicare espressamente il credito garantito nonché l'ammontare ed il bene oggetto di garanzia.

Il contratto costitutivo del pegno è un contratto reale che si perfeziona con la materiale consegna della cosa e, pertanto, per la costituzione del pegno occorre lo spsamento del debitore (art. 2786 c.c.). Quando, invece, l'oggetto del pegno è costituito da un credito occorrono, ai fini della prelazione, l'atto scritto e la notifica della costituzione al debitore o l'accettazione da parte di quest'ultimo con un atto di data certa (art. 2800 c.c.).

A seguito della costituzione del pegno, il creditore acquisisce i seguenti diritti ed obblighi:

- diritto a trattenere la cosa ed obbligo a custodirla (art. 2790 c.c.);
- divieto di usare e disporre della cosa (art. 2792 c.c.);
- diritto di far propri i frutti della cosa, imputandoli prima alle spese e poi al capitale (art. 2791 c.c.);
- obbligo di restituire la cosa quando il debito è stato interamente pagato (art. 2794 c.c.).

Quando il pegno ha ad oggetto cose fungibili (es. una somma di denaro), il creditore ne acquista la disponibilità e la proprietà e dovrà restituire al debitore una corrispondente quantità di cose. Si parla in tale caso, di pegno irregolare, il quale, per tale sua caratteristica, non costituisce un vero e proprio pegno .

Il pegno irregolare, pertanto, può essere definito quale il contratto con cui il debitore (o un terzo per esso) consegna e trasferisce in proprietà al creditore denaro o beni aventi un prezzo corrente di mercato –ritenti fungibili – al fine di garantire l’adempimento dell’obbligazione assunta nei confronti del creditore medesimo. Quest’ultimo sarà tenuto a restituire il tantundem se e quando interverrà l’adempimento dell’obbligazione garantita ovvero a restituirne al garante la sola eccedenza rispetto al valore della prestazione garantita in ipotesi di adempimento parziale.

La figura del pegno irregolare di titoli di credito è caratterizzata, pertanto, dal conferimento alla banca della facoltà di disporre del predetto titolo di credito. Cosicché, la banca non necessita di alienazione od assegnazione dell’oggetto in pegno ma si realizza in via automatica direttamente mediante compensazione (in quanto la banca è tenuta a restituire solo la parte eccedente l’ammontare delle sue ragioni).

L'ipoteca è disciplinata all'articolo 2808 del cod. civ. dove viene definita come il diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore il potere di espropriare il bene sul quale l'ipoteca è costituita e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione. L'ipoteca è caratterizzata da alcune particolarità aggiuntive rispetto ai caratteri tipici dei diritti reali e precisamente: specialità, nel senso che si riferisce a beni determinati ed occorre determinare la somma per cui è concessa ipoteca; indivisibilità, nel senso che sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati e dunque se a garanzia di un solo credito sono ipotecati più beni il creditore può a sua scelta fare espropriare uno qualsiasi di essi e soddisfarvi l'intero credito.

Oggetto dell'ipoteca possono essere gli immobili con le loro pertinenze, i mobili registrati, le rendite dello Stato, i diritti reali di godimento e la quota di un bene indiviso. Inoltre l'ipoteca si estende anche ai miglioramenti, costruzioni e le altre accessioni dell'immobile ipotecato.

L'ipoteca può avere tre differenti fonti: legale (ipoteca iscritta in forza di una norma di legge), giudiziale (in forza di una sentenza) o volontaria (in forza di un atto di volontà del debitore o di un terzo datore d'ipoteca).

L'ipoteca legale è espressamente prevista in alcune ipotesi dall'art. 2817:

- Ipoteca dell'alienante sopra gli immobili alienati per l'adempimento degli obblighi derivanti a carico dell'acquirente dall'atto di alienazione;
- Ipoteca del condividente e quindi spettante ai soci, coeredi e gli altri condividenti sopra gli immobili oggetto della divisione per il pagamento dei conguagli.

In tali casi la legge attribuisce ai creditori il diritto di ottenere, anche in modo unilaterale, l'iscrizione dell'ipoteca sui beni del debitore.

L'ipoteca giudiziale ricorre quando il creditore ottiene una sentenza esecutiva (o anche un decreto ingiuntivo esecutivo, una sentenza straniera od un lodo arbitrale) che condanni il debitore a pagargli una somma di denaro ovvero un risarcimento danni da liquidarsi in via successiva. In tale caso il creditore ha diritto ad ottenere l'iscrizione di ipoteca su qualsiasi bene immobile appartenente al debitore senza bisogno del consenso di quest'ultimo.

L'ipoteca volontaria deriva da contratto o da dichiarazione unilaterale di volontà del concedente che devono rivestire ex art. 2821 la forma scritta ad substantiam.

Da notare che legittimato alla concessione dell'ipoteca è l'attuale proprietario del bene, ma sono previste anche le figure di ipoteca su cosa altrui (art. 2822) e su cosa futura (art. 2823); in tali casi però la concessione ha efficacia meramente obbligatoria e l'iscrizione ipotecaria potrà essere validamente effettuata solo quando la cosa sarà acquistata dal concedente o sarà venuta ad esistenza.

La pubblicità riveste un ruolo importante relativamente al diritto di ipoteca in quanto il tale diritto si costituisce soltanto mediante iscrizione nei pubblici registri. Nell'ipotesi in cui più ipoteche siano iscritte sul medesimo bene, l'ordine di preferenza tra esse è determinato dalla priorità temporale dell'iscrizione.

Gli atti mediante i quali si effettua la pubblicità immobiliare sono:

- L'iscrizione con il quale l'ipoteca si costituisce e che si esegue nell'ufficio dei Registri Immobiliari del luogo in cui si trova l'immobile,
- L'annotazione, che serve a rendere pubbliche le vicende successive all'iscrizione quali ad esempio: la riduzione dell'ipoteca

ex art. 2872 o il trasferimento di essa a favore di un soggetto diverso rispetto a quello a cui favore è stata presa;

- La rinnovazione che serve ad evitare che si verifichi l'estinzione dell'ipoteca (l'iscrizione infatti conserva il suo effetto per venti anni dalla sua data)
- La cancellazione dalla quale deriva l'estinzione dell'ipoteca e che ha luogo solitamente quando il credito è estinto oppure quando il creditore rinunzi all'ipoteca stessa.

In riferimento ai terzi vengono in rilievo due distinte figure. Il terzo acquirente del bene ipotecato ed il terzo datore di ipoteca.

Con riguardo alla prima figura, il soggetto che acquista l'immobile dopo l'iscrizione ipotecaria, a causa del carattere della sequela proprio dei diritti reali, pur non essendo debitore, diviene titolare di un bene gravato di ipoteca. Egli è quindi esposto all'espropriazione del bene soltanto per il fatto di averlo acquistato e per tale ragione la legge gli consente di evitare l'espropriazione e gli attribuisce le seguenti facoltà:

- Pagare i creditori iscritti (art. 2858);

- rilasciare i beni ipotecati affinché l'espropriazione avvenga contro l'amministratore dei beni nominato dal tribunale (art. 2861);
- liberare l'immobile dalle ipoteche mediante il procedimento di purgazione delle ipoteche nel quale egli offrirà ai creditori il prezzo pagato per l'acquisto o il valore da lui stesso dichiarato se si tratta di beni pervenuti a titolo gratuito.

Nel caso invece di terzo datore di ipoteca, costui non gode del beneficio di escussione però è titolare di un diritto di regresso verso il debitore se paga i crediti iscritti o subisce l'espropriazione. Inoltre al terzo spetta anche il diritto di sub ingresso 8 art. 2866) nelle ipoteche costituite a favore del creditore soddisfatto sugli altri beni del debitore.

Passando alle cause di estinzione dell'ipoteca, queste asono disciplinate nell'art 2878 e si riferiscono a:

- cancellazione dell'iscrizione quale autonoma causa di estinzione;
- mancata rinnovazione;
- estinzione dell'obbligazione garantita;

- perimento del bene ipotecato;
- rinuncia del creditore la quale deve essere espressa e risultare da atto scritto a pena di nullità;
- spirare del termine o avverarsi della condizione risolutiva ai quali l'ipoteca è sottoposta;
- decreto di trasferimento e conseguente ordine di cancellazione giudiziale.

4.7 Le garanzie reali in diritto comparato: l'ipoteca nel diritto francese ed inglese

Nel campo delle ipoteche la storia di Francia aveva accumulato una vasta serie di modelli e dal dibattito che è scaturito dagli studi circa l'origine dell'ipoteca sono emerse due teorie opposte: una di stampo romanistico sostenuta da A. Esmein secondo il quale l'ipoteca dell'ancien droit deriverebbe dalla obligatio romana, l'altra teoria vede invece nell'ipoteca un prodotto di origine germanica derivato dalle vecchie procedure di esecuzione sugli immobili.

Nel Basso Medio Evo si conoscevano due tipi di ipoteca; una generale ed una speciale.

L'ipoteca generale consisteva in un vincolo di destinazione che veniva impresso al patrimonio disponibile del debitore a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte. Questa ipoteca presentava anche la caratteristica della clandestinità infatti nel territorio francese non era previsto alcun sistema di pubblicità volto a portare a conoscenza dei terzi l'esistenza di vincoli ipotecari sui beni. Questa ipoteca generale si scomponenza in tre sottomodelli: ipoteca par act notariè, ipoteca legale ed ipoteca giudiziaria. La prima era di prassi inserita in tutti i contratti al fine di avere una clausola autorizzativa in cui il debitore conferiva al creditore il potere di sequestrare e vendere tutti i suoi beni mobili ed immobili in caso di mancato adempimento delle obbligazioni assunte. Questa clausola dispensava il creditore dal ricorrere all'autorità giudiziaria per far sequestrare e vendere all'asta i beni del debitore. A partire poi dal XVI secolo si assistette ad un'inversione di tendenza circa i beni che il debitore poteva mettere a disposizione del suo creditore a seguito dell'affermarsi della regola per cui “ les meubles n'ont pas de suite par hypothèque”.

Il code civil, basato su di un ottica compromissoria volta a conciliare i diversi sistemi, suddivide le garanzie reali in privilegi ed ipoteche e per quanto riguarda i modi di costituzione di quest'ultime prevedeva un sistema misto in cui l'ipoteca prendeva rango dal momento dell'iscrizione sui registri del conservatore di ipoteche, ma tuttavia esentava da ogni pubblicità le ipoteche costituite a vantaggio dei minori e della moglie.

Il sistema francese è fortemente influenzato dallo strumento legislativo il quale è connesso con la strategia di fondo perseguita dal legislatore tesa a continue manipolazioni della scala delle preferenze accordate ai vari tipi di credito. Il diritto francese delle garanzie che deriva al termine dell'epoca delle codificazioni risulta simile al modello italiano, anche se l'ordonnance no 2006- 364 del 23 Marzo 2006 ha riformato la materia delle garanzie nel diritto francese introducendo e disciplinando anche l'ipoteca ricaricabile la cui peculiarità consiste nella possibilità di riutilizzo, a vantaggio dello stesso creditore oppure di successivi, sempre da individuarsi tramite una convenzione da stipularsi per atto notarile e da sottoporsi a pubblicità presso il registro immobiliare. L'utilità dell'innovazione consiste nel consentire il riutilizzo della medesima ipoteca a servizio di più crediti, il che non solo evita di

affrontare i costi necessari alla creazione di una nuova, ma consente anche di conservare il grado di quella originaria così da prevalere rispetto a gravami intervenuti successivamente ad essa. Si tratta di un'ipoteca convenzionale, nel senso che è subordinata all'introduzione di una clausola apposita e non si sottrae alla necessaria indicazione di un tetto quanto alla somma garantita.

L'ipoteca di tradizione romana non ha mai fatto il suo ingresso in Inghilterra. La funzione di garanzia reale si è qui realizzata tramite il mortgage, la versione angloamericana della intestazione fiduciaria al creditore.

La storia del mortgage è inizialmente legata al divieto canonico delle usure: ricevendo l'intestazione del bene il creditore si procurava, oltre che una garanzia, un interesse per il proprio credito. Lo statuto del mortgage è in origine totalmente basato sulla disciplina di Common Law, ma a partire dal XVI secolo questa viene integrata dall'equity che lo sottrae ad una certa semplicità e rigidità dello schema originario, facendolo evolvere verso un modello di notevole complessità e raffinatezza. L'apporto principale dato dall'equity è rappresentato dalla graduazione dei crediti garantiti realizzata tramite l'idea di una ulteriore cessione in mortgage del diritto di riscatto spettante al debitore.

In materia di beni mobili, il mortgage viene collocato accanto al pegno (pledge) come garanzia reale idonea ad evitare lo spossessamento del debitore. La disciplina del mortgage mobiliare fa perno su di un sistema di registrazione obbligatoria che assolve vari scopi tra i quali: sottoporre le parti ad una serie di oneri formale contenuto nell'interesse dei debitore e dei terzi, rendere la garanzia conoscibile ed opponibile ai terzi e consentire l'iscrizione di più mortgages sul medesimo bene.

Volendo sottolineare le differenze tra ipoteca e mortgage possiamo notare come quest'ultimo presenti alcuni vantaggi. In primo luogo il creditore ottiene il controllo del bene essendo legittimato alle azioni che lo difendono, in secondo luogo la procedura di realizzazione del credito tramite la garanzia è particolarmente rapida ed informale potendo il creditore procedere direttamente alla vendita del bene.

4.8 Il pegno: La *floating charge* nell'esperienza anglosassone

Anche il diritto anglosassone conosce forme “flessibili” di garanzia.

Tale elaborazione risale già alla seconda metà dell'Ottocento, quando si sviluppa nella regolazione dei rapporti economici-finanziari la floating charge (letteralmente, garanzia "fluttuante") , la quale ha assolto, originariamente, alla funzione di consentire la costituzione di una garanzia reale sui beni del debitore, al fine di soddisfare l'esigenza del creditore di vedere il proprio credito assistito da garanzia.

La floating charge, d'altra parte, consentiva di fornire tale garanzia, prescindendo dallo spossessamento dell'oggetto della garanzia stessa, consentendo al debitore di poter continuare a disporre liberamente, nello svolgimento della propria attività economica, della proprietà soggetta a vincolo .

Nell'attuale diritto anglosassone, la floating charge rappresenta una forma di garanzia tipica delle società di capitali ed il cui oggetto può essere costituito dalla stessa azienda sociale (o da un ramo della stessa o da un complesso di beni funzionalmente ed unitariamente considerati).

L'evoluzione giurisprudenziale ha affinato i tratti i caratteristici ei profili essenziali dell'istituto, individuando i requisiti essenziali affinché una charge possa essere configurata come floating. Si dirà che, affinché possa qualificarsi come floating charge, la garanzia

deve avere ad oggetto un insieme di beni presenti e futuri di una società, fungibili e suscettibili di essere sostituiti nel tempo.

L'amministrazione è lasciata alla società debitrice, la quale è libera di disporre nell'ambito dell'ordinario corso degli affari senza necessità di autorizzazione da parte del creditore.

E' indubbio come la costituzione della floating charge senza spossessamento del bene oggetto della medesima concilia l'esigenza di garanzia del creditore con la libertà commerciale del debitore. Tale elemento consente di distinguere la floating charge dal semplice accordo negoziale tra creditore e debitore con il quale quest'ultimo si obbliga a concludere in futuro un autonomo e distinto contratto di garanzia equivalente, nel nostro ordinamento, ad un preliminare unilaterale di garanzia.

Al momento della conclusione del contratto le parti costituiscono in garanzia l'azienda come un going concern, comprendente beni predeterminati e attualmente presenti nel patrimonio del debitore o che in futuro ne entreranno a far parte. L'effetto reale, l'attachment della garanzia all'oggetto contrattualmente preindividuato è invece originato dal successivo verificarsi di determinati eventi che trasformano la floating charge in una fixed o specific charge e che costituiscono il momento di cristallizzazione della garanzia.

La sostituzione (ed il mutamento) dei beni oggetto della garanzia – effetto del permanere della disponibilità dei beni e della titolarità dell'esercizio dell'impresa in capo al debitore – si arresta al verificarsi di un evento di cristalli azione che sottrae alla disponibilità del chargor i beni medesimi, su cui il chargee diviene automaticamente titolare di un real right.

L'efficacia della floating charge, ai fini della opponibilità ai terzi, è subordinata alla registrazione del negozio costitutivo della garanzia nel Companies Registry. Tale forma di pubblicità, prevista dalla section 395 del Companies Act, non incide sul rapporto tra creditore e debitore, validamente costituito a prescindere dalla registrazione della garanzia.

Ne deriva che la floating charge e la crystallisation, risultano non opponibili ai terzi e al creditore, in assenza della prescritta pubblicità, che, in relazione ad atti compiuti anche nel periodo di fluttuazione della garanzia, abbiano acquistato diritti e compiuto esecuzioni sui beni oggetto della garanzia non registrata. Di conseguenza, in assenza della registrazione, ancorché si verifichi un evento di cristalli azione, il chargee non può vantare alcun diritto reale sui beni costituiti in garanzia. E pertanto, benché valida nei rapporti inter partes, la floating charge non registrata risulta sul piano degli effetti pratici e giuridici di scarsa utilità.

Il sistema di pubblicità delle floating charges è completato dal registro delle chargees, il quale è tenuto presso la sede legale della società. In tale registro, unitamente ad una copia del contratto costitutivo della garanzia, devono essere annotate tutte le floating charges gravanti sui beni della società.

L'annotazione consiste in una sommaria ed essenziale descrizione dell'oggetto della floating charge, nell'indicazione dell'importo per il quale è costituita la garanzia e delle generalità del beneficiario. Tale ulteriore pubblicità ha una funzione non sostitutiva, bensì integrativa di quella prevista con l'iscrizione nel registro delle imprese. La legge colpisce la mancata annotazione della garanzia nel registro tenuto presso la società con una sanzione amministrativa.

Nel contratto costituito dalla floating charge è sovente inserita una clausola restrittiva del potere del chargor di disporre dei beni oggetto della garanzia fluttuante, operante come limitazione contrattuale al diritto del debitore di compiere determinate operazioni, al fine di non esporre a rischio i beni medesimi, con danno dell'integrità del valore della garanzia. La più diffusa tra tale clausole è nota come negative pledge clause.

Tale clausola si atteggia secondo differenti modelli e varia in dipendenza del tipo di operazione garantita dalla floating charge.

Ma il tratto essenziale e caratteristico della negative pledge è di impedire al chargor di concedere a creditori diversi dal floating chargee qualsiasi altra garanzia che nell'ordine delle priorità preceda la floating charge o si affianchi ad essa.

Il creditore in tal modo rafforza l'efficacia della propria garanzia 8che, avendo natura fluttuante fino al verificarsi di un evento di cristallizzazione, non attribuisce diritti reali ed è pertanto postergata rispetto ad una fixed charge, eliminando in radice la possibilità che nel periodo di fluttuazione della garanzia taluni beni vengano distratti dalla floatring charge poiché fatti oggetto di altra più (o egualmente) efficace garanzia.

Con la sottoscrizione della negative pledge clause, il debitore si impegna a non concedere “anymortgage, charge, pledge, lien or other encumbrance; over its assets or revenues unless the loan covered by negative pledge is equally or rateably secured” ovvero a non accordare senza il previo consenso del creditore nessuna successiva garanzia.

Con l'assunzione dell'obbligo in forma negativa, il debitore non si impegna a costituire una garanzia: la clausola assolve la funzione di una condition per la costituzione di garanzie sul patrimonio del debitore.

Nella formulazione definitiva, invece, il debitore si obbliga a concedere una garanzia al creditore-finanziatore qualora costituisca una successiva garanzia a favore di altri creditori.

Occorre a questo punto interrogarsi sulle conseguenze dell'inadempimento da parte del debitore dell'obbligo assunto con la negative pledge clause.

Tra i particulars richiesti dalla legge per la registrazione della floating charge nel Companies Registry non è espressamente contemplata l'esistenza di restrictive clauses. Ciononostante, nella nozione di "short particulars of the property charged" prevista dalla legge per la registrazione possono senza dubbio rientrare le negative pledge clauses. A conferma di ciò, costituisce prassi consuetudinaria evidenziare nel modulo di registrazione l'esistenza di restrictive clauses.

L'interrogatorio di fondo è se tale indicazione nel modulo e tra i particulars sia sufficiente per riconoscere efficacia reale alla clausola.

Il problema può trovare soluzione affermativa laddove dalla registrazione risulti inequivoca l'esistenza di una specifica negative pledge clause. In tal caso, la registrazione opera quale presunzione legale di conoscenza da parte dei terzi. Qualora, invece, l'iscrizione nel Companies Registry non consenta la

percezione chiara ed immediata della esistenza di un vincolo restrittivo della disponibilità dei beni da parte del debitore, la clausola avrà efficacia limitata ai rapporti inter partes, risultando pertanto inopponibile ai terzi che abbiano medio tempore acquistato diritti sui beni medesime, salvo che il creditore non provi che il terzo conosceva l'esistenza della negative pledge clause.

I CONSORZI FIDI IN ITALIA E IN EUROPA

5.1 La formula mutualistica come strumento per agevolare l'accesso al credito

L'interesse a contenere i fenomeni distorsivi del credito esiste sia sul fronte pubblico, sia su quello privato. Nel primo caso, l'intervento pubblico è teso a mitigare i fenomeni distorsivi causa del razionamento del credito nei confronti dei prenditori più deboli tra cui le PMI; nel secondo caso, i prenditori di fondi contrastano le forme di razionamento del credito attraverso la coalizione e l'associazionismo, al fine di acquisire maggiore potere contrattuale in sede di pattuizione delle condizioni di credito.

La spinta associazionistica nei principali Paesi europei si è sostanziata nella costituzione di organismi con finalità mutualistiche creati direttamente dagli imprenditori per aumentare la forza contrattuale delle PMI, in relazione sia alla capacità di indebitamento, sia alle condizioni di affidamento concordate con le istituzioni creditizie.

Infatti, non pochi Stati membri dell'Unione Europea si caratterizzano per una lunga tradizione nell'utilizzo di sistemi organizzati di prestazione di garanzie, modellati di volta in volta sulla tradizione storica, culturale e legislativa del contesto di riferimento: la conseguenza di una simile diversità tra i differenti sistemi di garanzia europei, è l'impossibilità di racchiuderli in un'unica cornice definitoria. Tuttavia, è possibile identificare almeno due principali categorie di soggetti operanti all'interno dei sistemi di garanzia:

- le società di mutua garanzia;
- i Fondi di garanzia.

Le società di mutua garanzia sono basate su un principio di mutualità; esse nascono in ambienti socio-economici privati (imprenditori, Camere di Commercio, Federazioni Professionali, Istituti di Credito di nicchia delle PMI) su iniziativa di imprenditori con lo scopo di offrire garanzie collettive ai crediti concessi ai soci i quali, direttamente o indirettamente contribuiscono al capitale sociale della società e alla gestione della stessa. Esempi di società di mutua garanzia sono i Confidi italiani,

le *Socama* francesi, le *Sgr* spagnole e le *Bürgschaftbanken* tedesche.

I Fondi di garanzia pubblici sono stati creati, invece, sotto il controllo finanziario degli Stati o delle autorità regionali, come strumenti di garanzia che si collocano nel complesso delle misure politiche a favore delle PMI e sono gestiti dalle autorità locali, regionali o nazionali secondo logiche di mercato.

Il tratto comune delle due forme di garanzia descritte, è quello di facilitare l'accesso al credito delle PMI; le Società di mutua garanzia, inoltre, condividono con le banche le perdite potenziali senza diminuire allo stesso tempo la responsabilità dei prenditori. Esse hanno la caratteristica di essere radicate, a livello regionale e, pertanto, vicine alle imprese e il loro *know how*, risulta proprio dalla conoscenza approfondita e diretta delle imprese e del territorio in cui operano: tale conoscenza conferisce un valore aggiunto alla loro decisione.

In Europa, il mercato delle garanzie svolge la propria attività a circa 2 milioni di PMI, ma presenta una forte concentrazione geografica: nel 2011 il valore complessivo delle garanzie in essere faceva capo in prevalenza ai sistemi di garanzia di quattro solo Paesi (Italia, Francia, Germania e Spagna) con circa 2,5 milioni di imprese beneficiarie.

5.2 Il sistema dei Consorzi in Italia: origini e importanza

I Confidi, basandosi sulla formula associativa, rappresentano il punto di incontro tra le attese delle aziende minori e gli obiettivi delle banche e si ripromettono un miglioramento non solo quantitativo ma anche qualitativo del rapporto banca-impresa nel quale intervengono in diversi modi:

- prestano garanzie reali e personali che consentono una copertura parziale delle perdite dei finanziamenti concessi alle imprese aderenti al Confidi stesso. L'obiettivo per gli associati è procurarsi dal sistema bancario una quantità di credito maggiore rispetto a quella che le imprese aderenti, in maniera autonoma, avrebbero potuto ottenere dal sistema bancario. L'interesse delle banche, invece, è di ottenere, grazie alla garanzia collettiva, un frazionamento del rischio legato alla possibilità di insolvenza degli associati affidati. Una garanzia di questo tipo, infatti, oltre ad assicurare una sorta di controllo tra le imprese aderenti, considerata la compartecipazione alle insolvenze degli associate, riduce i fenomeni di *moral hazard*;

- negoziano collettivamente i tassi d'interesse e altre condizioni con le banche al fine di ottenere agevolazioni in termini sia di costo, sia di quantità di credito che il singolo imprenditore non potrebbe ottenere. L'interesse dell'istituzione finanziaria convenzionata in questo caso è sia sviluppare, per il tramite del Confidi, l'attività creditizia verso settori che permettono un'alta frammentazione e diversificazione degli impieghi, sia aumentare le relazioni di clientela, limitando i costi promozionali;
- svolgono un'attività di selezione (*screening*) e monitoraggio (*monitoring*) delle imprese consorziate basandosi su di una serie di informazioni derivanti dalla conoscenza diretta degli associati e dal radicamento nel territorio. L'obiettivo di queste attività è quello di alleggerire alcune fasi dell'istruttoria di fido e, una volta instaurato, di monitorare il rapporto di credito. L'interesse delle banche risiede nel contenimento dei costi connessi con l'attività di *screening* e *monitoring* e nello stesso tempo nella riduzione della probabilità di insolvenza delle imprese finanziate, quindi dell'onere delle banche

finanziatrici relativo alla selezione e copertura del rischio di credito.

L'insieme di tali attività unitamente al vaglio reciproco esercitato dalle imprese consorziate (*peer monitoring*), consentono di mitigare gli effetti delle asimmetrie informative tra banche e imprese di piccole dimensioni, tipicamente, come noto, più opache.

I Confidi, malgrado l'assenza dello scopo di lucro e la loro natura privatistica, usufruiscono anche del sostegno pubblico ed a volte sono stati individuati come strumento di politica industriale. In tale senso si può richiamare l'assegnazione di compiti di incentivazione dello sviluppo di specifici settori oppure di tutela di soggetti in grave difficoltà.

Potenzialmente i Confidi hanno le carte in regola per soddisfare i bisogni sia degli associati, sia delle banche convenzionate. Tuttavia, come si chiarirà meglio in seguito, notevoli carenze nella struttura organizzativa di tali organismi fanno sì che le loro potenzialità non si esprimano a pieno e che quindi alcune attese degli associati e delle aziende di credito siano state solo parzialmente realizzate. Non solo, il nuovo scenario normativo e di mercato che viene delineandosi con l'introduzione della nuova

disciplina sul capitale delle banche e con la legge quadro sui Confidi, impone la necessità di sviluppare l'attività dei Confidi sia nella fase di *screening* e di valutazione dei prenditori, sia mediante l'offerta di servizi innovativi, quali la consulenza fiscale e nelle operazioni di finanza straordinaria di supporto alle Pmi.

Nella maggior parte dei casi, i Confidi operano a livello provinciale e sono specializzati per categoria professionale di appartenenza delle imprese associate (industria, commercio, artigianato, ecc.), sebbene siano in crescita i casi di Confidi che agiscono su un territorio più vasto a favore di tutte le categorie economiche.

L'attività dei Confidi si svolge, dunque, su base settoriale, e ciò permette loro di avere una conoscenza approfondita sia delle imprese associate, sia del contesto economico in cui operano.

L'azione dei Confidi sfrutta quindi meccanismi di *peer monitoring*: l'interdipendenza delle imprese associate (commerciale e produttiva) rappresenta un patrimonio informativo comune a tutto il gruppo di appartenenza che facilita il controllo reciproco tra i soggetti. La compartecipazione al rischio dell'impresa garantita da parte di imprenditori dello stesso settore costituisce un elemento incentivante a mantenere alta la soglia di

attenzione reciproca e riduce la convenienza a sostenere soggetti poco affidabili.

L'insieme dei Confidi italiani si presenta allo stato attuale come un sistema piramidale articolato su cinque livelli:

- a. un primo livello provinciale (i cosiddetti Confidi di primo grado), in cui si realizza il contatto tra i Confidi e le piccole e medie imprese verso cui tali strutture prestano i loro servizi e che li compongono;
- b. un livello regionale (Confidi di secondo grado) che svolge un'attività di controllo e cogaranzia a favore dei Confidi provinciali;
- c. le Federazioni nazionali che svolgono attività di coordinamento e rappresentanza. Sul territorio italiano sono presenti cinque Federazioni nazionali dei Confidi emanazione delle associazioni di categoria: Fedartfidi (che fa capo alla Confartigianato e alla Confederazione Nazionale dell'Artigianato delle piccole e medie imprese – CNA), Federconfidi (che fa capo a Confindustria), Federascomfidi (che fa capo a Confcommercio), Federfidi (che fa capo alla Confesercenti), Fincredit (che fa capo a Confapi).

- d. un Coordinamento Nazionale Confidi (che riunisce le cinque Federazioni e svolge compiti di rappresentanza e coordinamento comuni);
- e. l'AECM (Association Européenne du Cautionnement Mutuel) che è collocata al vertice della piramide e rappresenta l'organo di rappresentanza dei Confidi europei presso le istituzioni politiche e finanziarie dell'Unione Europea.

I Confidi possono assumere la veste giuridica di società cooperative o consortili. Secondo i dati dell'Ufficio Italiano Cambi alla fine del 2011, la forma giuridica più diffusa (74%) è quella della società cooperativa a responsabilità limitata anche in virtù dei benefici fiscali che ne derivano. Il 23% assume la forma di consorzio tra imprenditori con attività esterna; il restante 3% è costituito sotto altra forma di società (società consortili per azioni, a responsabilità limitata o cooperative). Secondo un'indagine svolta da Confapi, nell'industria prevale la struttura consortile, mentre nel commercio e nell'artigianato prevale la struttura cooperativa.

Per i Confidi vige l'obbligo di iscrizione in un'apposita sezione dell'elenco degli intermediari finanziari prevista dall'art. 106 del TUB e gestita dall'Ufficio Italiano Cambi.

Al raggiungimento di determinate soglie riferite al volume delle attività e al patrimonio, come si vedrà meglio in seguito, i Confidi devono iscriversi nell'elenco speciale degli intermediari non bancari di cui all'art. 107 del TUB e sono sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia.

Il Fondo consortile (o il capitale sociale) dei Confidi non deve essere inferiore a 100 mila euro, un ammontare di gran lunga inferiore al capitale minimo necessario per costituire una banca di credito cooperativo (2 milioni di euro). Ad ulteriore tutela della solidità patrimoniale dei Confidi le disposizioni legislative contenute nella citata legge quadro sui Confidi prevedono un patrimonio netto (capitale sociale e fondi rischi indisponibili) non inferiore a 250 mila euro. Per limitare i potenziali effetti di azzardo morale dei Confidi a danno delle banche è previsto che almeno un quinto dell'ammontare minimo del patrimonio netto, debba essere costituito dagli apporti degli associati o da avanzi di gestione.

5.3 Le modalità di escussione

L'operatività dei Confidi si basa sull'esistenza del fondo consortile e di un fondo rischi (fondo di garanzia) che è costituito sia da fondi di origine pubblica (contributi statali, regionali e dell'Unione europea), sia dai contributi degli associati. La presenza di fondi di natura pubblica porta a considerare i Confidi come un veicolo di sostegno finanziario pubblico alle Pmi. A tale proposito è importante sottolineare che in Italia, a differenza di quanto accade in altri paesi europei, l'alimentazione del fondo rischi da parte della autorità pubbliche, statali o regionali, non implica la loro partecipazione al capitale sociale dei Confidi e quindi agli organi statutari come il Consiglio di Amministrazione o il Comitato che delibera gli impegni. Ciò non comporta alcuna responsabilità dell'ente pubblico nella gestione operativa dei Confidi e il contributo pubblico è comunque prestabilito e prescinde dagli impegni presi dagli stessi Confidi con conseguenti dubbi sulla possibile deresponsabilizzazione dei partecipanti ai Confidi e con successivi problemi di *moral hazard*.

Il fondo rischi viene utilizzato per garantire alle banche finanziatrici la copertura parziale o totale delle perdite originate in caso di insolvenza degli associati e può assumere due forme:

- quella del fondo monetario (che rappresenta la porzione prevalente del fondo rischi);
- quella di fondo fideiussorio.

Il fondo monetario è una tipica garanzia reale ed è generalmente utilizzato a fronte dei finanziamenti a un *pool* indistinto di imprese, erogati dalle banche convenzionate nei limiti del plafond stabilito dalle specifiche convenzioni. Esso viene alimentato da versamenti effettuati dalle aziende associate, da contributi a fondo perduto di origine pubblica. Le banche convenzionate provvedono poi allo storno di una quota degli interessi pagati da ciascuna impresa mutuataria sull'affidamento concesso, contribuendo pure essi, all'incremento del fondo. I predetti contributi confluiscono, solitamente, in un apposito conto corrente fruttifero intestato al Confidi che è vincolato a favore dell'azienda di credito. Al momento del verificarsi dell'insolvenza di una delle aziende consorziate, la banca, dopo aver avviato le tradizionali procedure esecutive, ha diritto di prelevare a suo favore dal suddetto conto, dopo averne dato comunicazione al Confidi, una somma pari all'ammontare dell'insolvenza, decurtata della percentuale di rischio assunta in proprio dall'azienda di credito. Solitamente i

Confidi garantiscono alle banche convenzionate una percentuale compresa tra il 50% e l'80% dell'insolvenza dei propri associati. Il fondo monetario rappresenta dunque una garanzia di tipo sussidiario che:

- a) non è riferibile ad una specifica esposizione debitoria, bensì è posto a copertura della totalità degli affidamenti concessi alle aziende aderenti allo stesso consorzio;
- b) non è esplicita in quanto calcolabile solo *ex post* in base all'effettiva perdita subita dalla banca;
- c) non è immediatamente escutibile in quanto l'intervento del Confidi si verifica solo dopo l'attivazione delle procedure esecutive nei confronti del soggetto garantito.

Il fondo fideiussorio, invece, è composto dalle garanzie personali offerte da ciascuna impresa aderente al consorzio che, all'atto dell'adesione, rilascia una fideiussione all'intermediario. La fideiussione di solito è azionabile nel caso in cui il fondo rischi non sia sufficiente a coprire le perdite da insolvenza della banca.

Nel complesso i finanziamenti garantiti dal Confidi sono un multiplo del fondo rischi e il valore del “*moltiplicatore*” è stabilito nella convenzione stipulata tra banca e Confidi e presenta un

valore di oscillazione molto ampio (tra il 5 e l'80%) che dipende dal grado di solvibilità dei singoli Confidi e dalla loro copertura patrimoniale.

L'ampiezza del fondo rischi rappresenta la leva da cui dipende la capacità negoziale dei Confidi nel rapporto con le banche. Nella prassi operativa, il Confidi, tramite il Comitato Tecnico, effettua una valutazione preliminare dell'impresa che chiede l'affiliazione; come già accennato, la capacità di valutazione dei Confidi beneficia anche della conoscenza capillare del territorio di riferimento e ciò si riflette nei più bassi livelli di rischiosità degli affidamenti garantiti dagli stessi.

4.4 Il caso tedesco

Il sistema tedesco di garanzia per le piccole e medie imprese merita di essere analizzato con un certo dettaglio poiché presenta caratteristiche del tutto peculiari che lo distinguono da tutti gli altri sistemi europei. Pur essendo il totale delle garanzie emesse in percentuale del PIL in Germania tra le più basse d'Europa (intorno allo 0,25%), tuttavia il sistema resta un punto di riferimento importante cui è necessario guardare con l'occhio di chi è in cerca di modelli alternativi a quello italiano.

In Germania esistono 24 società di garanzia, *Bürgschaftbank*, che operano territorialmente e non per ramo di attività. Ogni lander ha la sua società di garanzia (o ne ha due, nel caso dei lander maggiori) ed ognuna di esse svolge la sua attività all'interno del territorio destinato. Non esiste dunque "concorrenza" tra i confidi per procacciarsi le imprese da garantire: il mercato è diviso territorialmente in maniera molto chiara e le *Bürgschaftbank* sono enti bancari e come tali sono soggetti alla supervisione della Banca Centrale. Giuridicamente esse godono della clausola di limitazione della responsabilità e le *Bürgschaftbank*, a differenza della maggior parte dei soggetti equivalenti in altri paesi del mondo, non hanno come soci le imprese, che quindi non sono tenute a pagare nessuna quota associativa. In Germania i soci sono istituzioni finanziarie (banche locali, in genere per circa il 70%) e camere di commercio (30%).

Il numero totale delle imprese tedesche che ricorrono alle società di garanzia è pari a circa 43.000, per un saldo vigente di garanzie totali emesse pari a circa 5.102 milioni di euro. La percentuale media dei "fallimenti", cioè dei casi in cui l'impresa che ricorre al confidi finisce con l'essere insolvente è pari al 3% delle garanzie emesse. Ogni società di garanzia non può per legge garantire ogni operazione per più di circa 600.000 euro: per i crediti maggiori, la

parte eccedente non può essere garantita da soggetti esterni alla banca concedente il prestito. La dimensione media di una società di garanzia è generalmente alquanto ridotta: le più grandi possono arrivare ad avere un totale di garanzie in essere non superiori a 450 milioni di euro. Le Bürgschaftbank non sono soggetti ad alcuna tassa se non all'IVA e usualmente non distribuiscono dividendi, anche se non vi è nessuna regolamentazione che lo vieti.

Da quanto visto, appare evidente come il sistema delle Bürgschaftbank sia del tutto integrato da un lato con il sistema finanziario, dall'altro con il sistema pubblico. In prima battuta l'impresa non si rivolge alla società di garanzia, ma alla banca la quale indirizza la pratica alla società di garanzia regionale se la solidità dell'impresa non le dà coperture sufficienti. Il rapporto tra banca e società di garanzia è molto stretto e non esiste competizione tra le due entità. Questo è assicurato da un lato dal fatto che le banche stesse sono azioniste delle società garanti e quindi il rapporto non può essere di diffidenza, ma di assoluta collaborazione. Dall'altro lato, i ruoli di banche e garanti non si sovrappongono poiché il compito dei garanti è esclusivamente quello di concedere le garanzie e non anche quello di giudicare il merito di credito dei progetti delle imprese. Tutto ciò spiega perché i garanti tedeschi non abbiano bisogno di alcun tipo di

attività commerciale: la tipica società garante tedesca (a differenza di quella francese, per esempio, che analizzeremo più avanti) non pubblicizza se stessa di fronte alle imprese e non diversifica più di tanto le sue attività. Essa opera, potremmo dire, come un “monopolista” della sua area e non avendo concorrenti sul campo non ha necessità alcuna di spendere denaro in promozione.

Questa situazione, come è intuibile, è possibile solo grazie al forte intervento pubblico nel mercato: ogni società di garanzia regionale è sussidiata dalla autorità locale corrispondente, che da un lato la protegge dalla concorrenza e dall’altro rende la sua attività assolutamente attraente agli occhi delle banche: queste ultime sanno che dietro gran parte delle garanzie emesse da una società di garanzia è presente una controgaranzia pubblica e quindi vedono di buon occhio la collaborazione con tali soggetti. Un’altra caratteristica dei garanti tedeschi che è apprezzata dalle banche è il fatto che essi arrivano a garantire fino all’80% dei crediti concessi alle imprese, percentuale più alta di quella di molti altri paesi.

Da come è strutturato il sistema tedesco delle garanzie esso sembra potersi interpretare come uno strumento di politica economica regionale. I sussidi concessi dalle autorità pubbliche ai garanti non sono in definitiva altro che un sussidio indiretto alle imprese le quali o riescono ad ottenere un prestito che senza garanzia non

sarebbero riuscite ad ottenere oppure riescono a finanziarsi ad un tasso più basso di quello che avrebbero ottenuto altrimenti.

La presenza pubblica nelle società di garanzia è ancor più significativa nella ex Germania dell'Est: qui il governo federale è presente con una propria entità finanziaria, la *Deutsche Ausgleichsbank*, che garantisce direttamente le imprese presso le banche. Tale ente ottiene i propri fondi dal Fondo Europeo degli Investimenti. Inoltre, talvolta, nella Germania orientale il governo federale stesso od i governi locali possono operare direttamente come garanti delle imprese.

In conclusione, il sistema tedesco di garanzia appare molto solido: la prossimità con le autorità pubbliche, le considerevoli controgaranzie concesse, lo status giuridico bancario, insieme al numero limitato, 24, di soggetti sul territorio nazionale fanno ritenere che il sistema delle società di garanzia tedesche possa facilmente adattarsi alla normativa di Basilea III. Ciò nonostante, si può notare che il rilievo che le Bürgschaftbank hanno sul totale dell'economia tedesca è relativamente basso, più che dimezzato rispetto a quello italiano e assai minore anche di quello francese. Questo può essere in definitiva spiegato dal fatto che il sistema tedesco appare poco “dinamico”, poco aperto ai cambiamenti e, diciamo così, “congelato”: se la presenza pubblica da un lato

garantisce sicurezza, dall'altro irrigidisce enormemente il sistema. Le società garanti tedesche non appaiono come soggetti dinamici e moderni in grado di aumentare la rilevanza della loro attività nel futuro. Appaiono piuttosto come “monoliti” che, garantiti dallo Stato, riusciranno a sopravvivere alle nuove regolamentazioni di Basilea III, ma con tutta probabilità non saranno in grado di svilupparsi più di quanto non abbiano fatto finora.

4.5 Il caso francese

La Francia è “il paese dell'economia mista”: dove spesso l'interesse pubblico e privato trovano un punto di equilibrio che comporta assetti efficienti e buoni servizi. Lo dimostra anche il sistema francese per le garanzie alle piccole e medie imprese. Un sistema che non vede lo Stato come “dominus” (caso tedesco), ma che con una articolata azione di tipo legislativo e con una equilibrata presenza diretta ha saputo dare al sistema delle società di garanzia un assetto moderno ed efficiente.

Per di più, un sistema reattivo da un lato agli stimoli della domanda di mercato e a quelli della concorrenza sui servizi. Un raro esempio, sul quale vale la pena soffermarsi. Anche perché, oltre a essere tra i più efficienti è anche, insieme all'Italia, il

maggiore sistema di garanzie. I finanziamenti garantiti dalle società di garanzia ammontano a circa 17.000 milioni di euro e valgono quasi l'1,25% del Pil: la quota francese di mercato europeo delle fidejussioni alle PMI è del 36%, uguale a quella italiana.

La Francia presenta una struttura del mercato delle garanzie molto più variegata e differenziata rispetto a quella tedesca: mentre in Germania non c'è sostanziale competizione tra gli enti di garanzia per "accaparrarsi" il mercato, in Francia la competizione è molto viva. Le società di garanzia sono sostanzialmente diverse tra loro, per struttura giuridica, per modalità di concessione delle garanzie, per livello della partecipazione pubblica nonché per tipo di rapporto che le lega alle banche. Mentre dunque le società di garanzia tedesche finiscono col fornire al mercato prodotti tutto sommato omogenei, in Francia l'offerta delle garanzie si presenta piuttosto variegata e le imprese possono dunque scegliere il prodotto che più si confà alle loro esigenze.

Un aspetto peculiare che caratterizza il mercato francese fin dalle sue origini è il grande interesse che esso ha da sempre suscitato nell'autorità legislativa: la prima normativa riguardante i sistemi di garanzia fu la legge del 1917 sulle Société Cooperative de Caution Mutuelle e 19 enti ancor oggi operanti rientrano negli schemi

giuridici delineati da quella legge. Successivamente si può ricordare la legge del 1936 sulle società anonime di garanzia cui fanno riferimento 43 società garanti e la legge del 1943 sulle Société Interprofessionales, alla quale si rifà la SIAGI, una delle maggiori società di garanzia oggi presenti nel mercato. Più recentemente è importante sottolineare la legge bancaria del 1984 che ha concesso a tutte le società di garanzia del paese lo status giuridico di istituzioni finanziarie specializzate. Questa legge, che ha tra le altre cose assoggettato le società garanti alla supervisione delle autorità monetarie, ha fatto far loro un definitivo salto di qualità: sotto l'etichetta di "banche", esse si sono sviluppate maggiormente ed hanno diversificato il loro raggio di azione e da allora le attività commerciali finalizzate alla conquista di fette di mercato si sono moltiplicate.

Il mercato francese può essere diviso essenzialmente in tre categorie:

- le 104 SOCAMA/CSBP che sono soggetti privati che operano in esclusiva con le Banche Popolari del paese;

- le 63 società di garanzia private che sono membri dell'Associazione nazionale delle società finanziarie (ASF), tra le quali spicca il nome della SIAGI;
- SOFARIS, ente controllato per più del 50% da BDPME (Banque du Développement des petites et Moyennes Entreprises) e CEPME (Credit d'Equipement des petites et Moyennes Entreprises) , banche il cui azionista è lo Stato francese.

Analizzerò ora una-a-una queste diverse società di garanzia.

SOCAMA

Le SOCAMA sono cooperative di capitale variabile a carattere mutualista, operanti a livello regionale. I soci delle SOCAMA sono dunque principalmente le imprese stesse garantite, oltre alle camere di commercio, diverse associazioni di categoria e, talvolta, una Banca Popolare. La caratteristica principale delle SOCAMA è il loro carattere monobancario: esse svolgono le loro attività esclusivamente con le Banche Popolari del paese (riunite nel CSBP, Camera Sindacale delle Banche Popolari) e non operano con alcuna altra banca. SOCAMA e Banche Popolari operano a

stretto contatto al punto che frequentemente hanno gli uffici congiunti: quando l'impresa si rivolge alla banca popolare per ricevere un prestito, il rappresentante di SOCAMA ha spesso sede nello stesso edificio. Il rapporto tra le due è di assoluta collaborazione: non solo le Banche Popolari sono esse stesse azioniste delle SOCAMA, ma hanno inoltre loro rappresentanti nei consigli di amministrazione SOCAMA. I compiti tra i due sono rigidamente separati: se la banca analizza il piano finanziario di ogni operazione, la SOCAMA, oltre a fornire la garanzia, si impegna a valutare la bontà del progetto sulla base della professionalità ed onorabilità dell'imprenditore. Le SOCAMA lavorano in esclusiva con una sola Banca Popolare.

Il totale delle garanzie in essere di tutte le SOCAMA è pari a circa 3.130 milioni di euro e con una attività annuale pari a circa 1.170 milioni di euro garantiti. Il numero degli associati è pari a 621.000. Le SOCAMA operano esclusivamente nel mercato delle garanzie per le piccolissime imprese (non più di 10 dipendenti). La garanzia media per operazione è pari a 16.200 euro. Le SOCAMA, come tutte le società di garanzia francese prediligono i prestiti a medio lungo termine che non quelli a breve.

Le imprese sono attratte dalle SOCAMA poiché i costi associati alla garanzia sono generalmente inferiori rispetto a quelli di altri: il

motivo è che i costi sostenuti dalle SOCAMA sono inferiori, potendo sfruttare le strutture delle rispettive Banche Popolari. L'iscrizione ad una SOCAMA costa un importo minimo e la commissione di garanzia può variare dallo 0,7% al 3%, a seconda della durata e del tipo di finanziamento. Un'altra importante caratteristica delle SOCAMA è che esse garantiscono anche il 100% dell'ammontare richiesto in prestito dall'impresa.

Nel febbraio del 2000 il gruppo delle SOCAMA (organizzatosi nel 1980 in una Federazione Nazionale) ha stipulato un accordo con SOFARIS, istituzione finanziaria di garanzia del gruppo statale Caisse des Depots (CDC), il quale stabilisce che SOFARIS si impegna a controgarantire una percentuale delle garanzie concesse dalle SOCAMA che può andare dal 20% al 50%. Per particolari operazioni in caso di intervento del FEI, Fondo Europeo degli Investimenti, tale percentuale può crescere fino al 70%. In cambio, a SOFARIS spetterà, per una controgaranzia standard pari al 50% della garanzia originale, lo 0,27% dell'ammontare garantito di ogni operazione. Tale accordo segue di pochi mesi un accordo simile che SOFARIS aveva stipulato con SIAGI.

Le SOCAMA non hanno ulteriori accordi di controgaranzia con altri soggetti. Come tutte le altre società di garanzia non sono soggette all'IVA e pagano un'imposta sul reddito d'impresa pari a

33%. Il trattamento fiscale delle società di garanzia in Francia è tra i più penalizzanti in Europa, ma questo non ha impedito al sistema francese di svilupparsi più di ogni altro: è quindi altrove che bisogna ricercarne le radici del successo.

LE SOCIETA' GARANTI ASSOCIATE ALLA ASF: LA SIAGI

Gran parte delle garanzie nel sistema francese sono emesse da questo tipo di società che sono considerate società anonime secondo la legge del 1936 o cooperative mutualistiche secondo la legge del 1917. Oggi sono tutte “istituzioni finanziarie specializzate”, a seguito della legge bancaria del 1984. Queste società hanno come soci le imprese ed operano o territorialmente o, più spesso, per area di attività dell'impresa garantita. Tali società operano con una pluralità di banche. Tra di esse si annoverano alcune grandi società che in grandezza (quanto a garanzie totali in essere), sono di gran lunga più grandi di SOFARIS. Il sistema mutualistico dunque, organizzato grosso modo in maniera simile a quello italiano, si è sviluppato maggiormente. Tra le società di garanzia che sono membri dell'Associazione delle Società Finanziarie, la più prestigiosa è senza alcun dubbio la SIAGI “*Société Interprofessionnelle Artisanale de Garantie d'Investissements*” società privata

interprofessionale di capitale variabile (legge 1943). Tale società, che opera a livello nazionale, non ha carattere strettamente mutualista ed è l'unica tra le società di garanzia ad aver scelto la struttura giuridica delineata dalla legge del 1943. I membri di SIAGI non sono le imprese garantite, bensì l'Assemblea permanente delle Camere degli Artigiani (85% del capitale) e le 100 camere metropolitane degli artigiani.

SIAGI opera principalmente nel settore artigianale e del commercio. Il 60% della sua attività si svolge nel settore della ristorazione. L'ammontare totale delle garanzie emesse ammonta a circa 800 milioni di euro totali. SIAGI opera a livello multibancario. In particolare svolge il 22% dell'attività con Credit Lyonnais, il 22% con BNP, il 21% con Credit Agricole, il 14% con Credit Mutuelle ed il resto con altre banche. Non opera naturalmente con le Banche Popolari che hanno un rapporto esclusivo con le SOCAMA. Può arrivare a garantire fino al 70% dei prestiti concessi. Il massimo che è possibile garantire per ogni operazione è pari a circa 250.000 euro, ma in media ogni singola operazione non richiede più di 18.000 euro. A fianco ai tradizionali criteri utilizzati da SIAGI, la società promuove la cosiddetta SIAGI Express, una forma veloce e relativamente automatica per garanzie non superiori a 19.000 euro. Come tutte le

altre società di garanzia in Francia, SIAGI opera sul medio e lungo periodo, da 2 a 7 anni. Come anticipato in precedenza, anche SIAGI ha un accordo con SOFARIS (stipulato nel Settembre del 1999), con il quale SIAGI ha ottenuto la controgaranzia di SOFARIS per il 50% del totale da essa garantito, in cambio di una commissione che può variare dallo 0,30% allo 0,60%. Inoltre SIAGI ha diversi accordi di controgaranzia con diverse autorità pubbliche, specie locali. E' attualmente molto attivo nel ricercare nel settore pubblico ulteriore sostegno per la propria attività.

SIAGI non è esclusivamente una società di garanzia. I servizi che offre agli imprenditori sono molteplici: non adotta attività commerciali in senso stretto, ma cerca di attrarre nuovi clienti diversificando attività e servizi. Ad esempio, SIAGI si presenta online come un punto di riferimento per i piccoli imprenditori a vasto raggio: non si propone esclusivamente come garante, ma si impegna a consigliare in fatto di investimenti, ad analizzare business plan, a valutare lo stato di salute delle aziende.

SOFARIS (GRUPPO CDC)

SOFARIS fu fondata nel 1982 con il compito specifico di gestire i principali fondi di garanzia pubblici. Attualmente ne gestisce oltre 30. SOFARIS non è un ente pubblico, per quanto i suoi azionisti di

maggioranza siano BDPME (Banca di sviluppo delle piccole e medie imprese) e CEPME, che sono banche possedute dallo Stato francese. Il resto dell'azionariato è costituito dalle principali istituzioni finanziarie del paese.

Il monte totale delle garanzie concesse da SOFARIS era nel 2011 pari a 8.000 milioni di euro. Il numero delle operazioni medie annuali è pari a circa 20.000. La copertura massima concessa da SOFARIS è pari al 50% del credito concesso (70% per la creazione di impresa). Il massimo garantito per ciascuna operazione è pari a 1.237.500 euro. SOFARIS opera prevalentemente sul medio e lungo periodo. La commissione di garanzia varia generalmente dallo 0,45% allo 0,60%.

SOFARIS non ha un sistema di rifinanziamento diretto ed automatico per le garanzie concesse: tuttavia il suo stretto rapporto con le amministrazioni pubbliche lo rende un garante del tutto solido ed affidabile. SOFARIS è, come SIAGI, tra le società di garanzia sovvenzionate dal Fondo Europeo degli investimenti.

In conclusione, il sistema francese delle garanzie alle piccole e medie imprese è molto variegato, ma la complessità non riflette “semplice disordine”, quanto “competizione” alla ricerca di efficienza e quote di mercato. Come nel sistema tedesco, lo Stato è molto attivo nel sostenere i soggetti garanti ed anche fondi europei

sono utilizzati a questo scopo. Ma mentre in Germania lo Stato è parte integrante del sistema in ogni suo movimento ed il sistema si regge in tutto e per tutto su un solido rapporto Stato-Garante-Banca, in Francia il rapporto tra Banca, Società Garante e Stato non è predefinito, ma varia a seconda dei casi, come abbiamo avuto modo di vedere. Vi sono società garanti che hanno accordi con una banca specifica (SOCAMA), con la quale hanno rapporti di perfetta collaborazione. Tuttavia questi organismi non ricevono sostanzialmente alcun fondo pubblico diretto. Ci sono poi altre entità che sono completamente private ed operano in un regime “multibancario” senza alcun automatico aiuto pubblico. C’è poi SIAGI, che opera con diverse banche ed ottiene fondi pubblici (regionali, nazionali ed europei). C’è infine SOFARIS, un ente pubblico che ha come azionisti le banche con le quali è dunque alleato e che se da un lato riceve fondi pubblici nazionali ed europei, dall’altro controgarantisce le operazioni di altri soggetti garanti come SIAGI e SOCAMA.

Il sistema è dunque perfettamente integrato e stabile, ma non è rigido come quello tedesco. In Germania il numero delle società di garanzia è sostanzialmente fissato dall’autorità pubblica. In Francia, il mercato è in continua evoluzione e non ci sarebbe da stupirsi se nei prossimi anni il mercato vedesse importanti

cambiamenti. In Francia il governo è presente, da un lato direttamente con SOFARIS, dall'altro come efficiente legislatore che non ha tardato, come in Italia, a dare forma giuridica adeguata alle società garanti. Tuttavia il sistema francese è molto più dinamico e diversificato e le forze di mercato hanno ancora modo di agire e di creare prodotti sempre diversi e sempre più vicini alle esigenze delle imprese.

Questo è dimostrato, ad esempio, anche dal fatto che sia SOFARIS, attraverso Sofaris.com, che SIAGI si stanno muovendo per offrire alle imprese nuovi prodotti, il più importante dei quali appare essere una valutazione tramite il sistema di rating della qualità finanziaria e creditizia dell'impresa di fronte alla sfida che gli accordi di Basilea hanno proposto alle imprese. SOFARIS si offre come analista in grado di valutare il rating delle aziende sulla base dei dati da essa forniti: è quindi chiaro come in Francia le società di garanzia si stiano muovendo per diventare da meri concessionari di garanzie, a partner finanziari professionali delle imprese.

4.6 Il caso spagnolo

In Spagna il mercato delle garanzie sui finanziamenti per le piccole e medie imprese unisce caratteristiche tipiche del sistema francese e del sistema tedesco: da un lato, come in Germania, il sistema è caratterizzato da una forte presenza ed assistenza pubblica, dall'altro, come in Francia (ed in Italia), esso si basa su una filosofia di fondo "mutualista".

La storia delle società di garanzia spagnole è relativamente recente rispetto a quella degli altri paesi europei. L'idea di creare società attraverso le quali gli imprenditori potessero ripartire tra loro i rischi di default creditizio si fece strada in Spagna solo verso la metà degli anni '70, quando la crisi economica fece aumentare le difficoltà di accesso al credito delle imprese di piccole dimensioni. La prima "*Sociedad de Garantías Recíprocas*" (SGR) nacque nel 1979, successivamente all'emanazione del Real Decreto del 1978 che per la prima volta regolava questo genere di istituzioni. Negli anni successivi ci fu una sorta di boom nel mercato: nel 1983 il numero delle società di garanzia era pari a 42, il massimo storico mai raggiunto. Successivamente si avviarono delle fusioni ed attualmente il numero delle società di garanzia è pari in Spagna a 21. Di queste 19 sono regionali e multisettoriali, operano cioè con

imprese di diverse caratteristiche della stessa regione, mentre due sono nazionali.

Le società di garanzia hanno fatto un salto di qualità importante con la legge 1/1994 quando, analogamente a quanto avvenuto con la legge bancaria francese del 1984, tutte le SGR furono elevate allo status di entità finanziarie sottoposte alla supervisione della Banca Centrale. Questa legge impose alle SGR di raggiungere un livello di capitale minimo pari a 1,5 milioni di euro e diede loro la possibilità di svolgere anche funzioni diverse dalla semplice concessione di garanzie.

Il sistema spagnolo presenta società di garanzia alquanto omogenee tra loro: le 21 imprese oggi operanti sono molto simili tra loro quanto a metodi di concessione delle garanzie e struttura giuridica. Come detto, le imprese stesse sono socie delle SGR (il sistema è mutualistico) e partecipano al capitale, in media, per circa il 52% dello stesso. Il 31% fa invece capo ad enti pubblici di varia natura, specialmente locali ed il restante 17% è posseduto in genere principalmente da istituzioni finanziarie oltre che dalle camere di commercio (i dati sono del 2011). Esiste altresì una associazione nazionale, la “Confederazione Spagnola delle garanzie reciproche” (CESGAR). Il mercato spagnolo, a differenza di quello francese e, a maggior ragione, di quello italiano, si

presenta alquanto concentrato: l'81,91% del mercato è gestito dalle 4 principali società di garanzia che sono la SGR Comunidad de Valencia, la Erkargi SGR del País Vasco, la Iberaval SGR de Casilla Leòn y Aval Madrid e la SGR de comunidad Autonoma de Madrid.

Le società spagnole sono esentate sia dalla tassazione sul reddito che dall'Iva. Le garanzie concesse sono generalmente emesse per i debiti delle imprese di medio lungo periodo, dai 5 ai 12 anni, e la commissione media di garanzia varia tra l'1% e l'1,5%. Le garanzie vengono emesse, in genere, per il 100% del totale per cui l'impresa si è indebitata. Tutte le SGR sono multibancarie: non operano cioè in esclusiva con nessuna banca. Recentemente, le società di garanzia spagnole hanno ricevuto un consistente aiuto dal governo che, con decreto ministeriale del 13/04/2010 ha concesso una ponderazione del 20% per il coefficiente di solvenza dei rischi creditizi garantiti dalle SGR. Questo rende le SGR un partner interessante per le banche, che grazie a questa regolamentazione riescono a scaricare parte del loro patrimonio. Altra caratteristica interessante e peculiare delle SGR spagnole è la diversificazione delle attività svolte: non agiscono solo come garanti di prestiti di ammontare e scadenza fissi, ma sono attive anche nel campo degli "avalli tecnici", ossia nelle garanzie degli

affidamenti “accordati a breve termine”. Tale diversificazione dell’attività rende le imprese garanti partner utili anche per le imprese che non raramente, prima di presentare una richiesta di finanziamento alla banca si presentano allo sportello di una SGR col fine di ottenerne la consulenza.

In Spagna esiste un massiccio sistema di ricapitalizzazione e controgaranzia per i crediti concessi delle società di garanzia. Prima di tutto esiste un Compañía Española de Reafianzamiento, S.A (CERSA), società strumentale della direzione (governativa) per lo sviluppo e il finanziamento delle Pmi, nata nel 1994 dalla fusione tra la Sociedad Mixta de 2° aval y SOGASA con l’ICO (Instituto de credito official), che controgarantisce il 50% delle garanzie emesse dalle SGR spagnole. Gli azionisti di CERSA sono per il 63% lo Stato spagnolo e per il resto le SGR stesse oltre alle banche del paese. CERSA appare dunque come un controgarante solido oltre che ammissibile secondo le nuove regolamentazioni di Basilea II. Il capitale sociale di CERSA è pari a 33,3 milioni di euro. Il costo della controgaranzia può variare dallo 0,20% all’1,60% a seconda dei casi. CERSA è altresì in rapporti con il Fondo Europeo degli Investimenti attraverso cui, ad esempio, è stato firmato un accordo nel Dicembre del 1999 con il quale il FEI si è impegnato per 3 anni a rifinanziare CERSA per un ammontare

variabile dal 30 al 75% delle controgaranzie emesse: tale rifinanziamento è stato gratuito ed automatico.

Esistono inoltre molti accordi tra le SGR e i diversi livelli di governo. Due esempi:

- le comunità autonome di Valencia e delle Asturias si sono impegnate a coprire rispettivamente il 30 ed il 50% delle garanzie emesse dalle (loro) SGR locali;
- esiste un “Fondo de Provisiones técnicas” nazionale, formato da contributi pubblici e privati, che ha anch'esso, come il CERSA, la funzione di controgarantire sotto particolari condizioni le Sociedades de Garantías Recíprocas.

Il sistema delle società garanti spagnole, così com'è uscito dal quadro tracciato appare sufficientemente solido e dinamico: l'intervento pubblico non ha “mortificato” il sistema mutualista: le imprese detengono più della metà del patrimonio degli enti garanti. Le società garanti sono inoltre soggetti attivi su diversi fronti e benaccolti tanto dalle banche quanto dalle imprese. Il neo del sistema è l'ancora bassa incidenza rispetto al PIL: il totale delle

garanzie emesse è pari in Spagna al 0,25% del PIL. Occorre notare tuttavia che l'istituto delle società garanti è in Spagna ancora relativamente giovane e che, negli ultimi anni ha goduto di una crescita esponenziale.

Tenuto conto da un lato della presenza di diversi controgaranti pubblici e dall'altro del fatto che il mercato spagnolo è sufficientemente concentrato in 4 grandi società di garanzia, si può affermare che almeno le maggiori società garanti nel sistema spagnolo hanno le carte in regola per prepararsi alle novità di Basilea III.

CONCLUSIONI

L'accordo di Basilea II ha molto influenzato il sistema bancario a causa del suo forte carattere innovativo e del suo elevato grado di articolazione. Le banche infatti, nell'ultimo decennio, hanno portato avanti dei profondi processi di riorganizzazione operativa, gestionale e strutturale per permettere l'utilizzo metodologie di valutazione più sofisticate e accurate, i sistemi di rating interni. Questi sono basati su dei parametri che non sono presi dall'esterno, ma sono stimati internamente. Nel considerare le metodologie IRB (*Internal Rating Based*) è quindi fondamentale analizzare attentamente gli elementi chiave per la valutazione che sono: le probabilità di fallimento (PD), il tasso di perdita in caso di default (*Loss given default*, LGD), l'esposizione al momento del default (*Exposure at default*, EAD) e la scadenza effettiva (M).

L'utilizzo dei sistemi di rating permette di effettuare delle valutazioni più oggettive e standardizzate e di premiare le imprese più virtuose, cioè che possiedono una migliore situazione economico-finanziaria; questi processi di revisione e rinnovamento hanno comportato notevoli benefici in termini di gestione del capitale, di velocità ed efficienza delle valutazioni, di valorizzazione dei patrimoni informativi e di trasparenza nei processi di valutazione e assunzione dei rischi. Si è così instaurato un nuovo rapporto banca-impresa, indirizzato verso una maggiore conoscenza reciproca e il cui fattore di successo consiste in informazioni accurate, attendibili, tempestive e comprensibili.

Se il capitale da accantonare dipende dal rischio, ciò che mitiga quest'ultimo induce un risparmio di capitale e produce un tasso di finanziamento più basso. Le garanzie, reali personali, sono tra gli strumenti di mitigazione del rischio di *default* ed ecco perché Basilea II ha dedicato molta attenzione alle garanzie e ai garanti ammissibili: solo soggetti con determinate caratteristiche potranno fungere da garanti delle imprese che chiedono prestiti alle banche. In Italia la funzione di “garanti” per le imprese che non sono in grado (o non vogliono) esibire proprie garanzie è stata tradizionalmente svolta dai confidi: soggetti che associano imprese, piccole e medie, che hanno il fine di garantirsi reciprocamente di fronte alle banche. I confidi sono nati per iniziativa di imprenditori che, avendo difficoltà nell'accesso al credito, hanno trovato proficuo “unire le forze” a quelle di altri colleghi costituendo, grazie a piccoli apporti unitari, un fondo rischi cospicuo che, affidato a un consorzio o a una cooperativa, potesse fungere da garanzia collettiva per gli affidamenti dei soci. Le banche hanno accettato il fondo mutualistico come garanzia collettiva, ovviamente imponendo un massimale ai finanziamenti che si potevano avvalere della garanzia del fondo.

Le regole del nuovo accordo sul capitale hanno imposto per la prima volta delle regole, inizialmente molto rigide, poi più “distese”, sui garanti ammissibili e sulle caratteristiche oggettive delle garanzie ammissibile: tuttavia, al di là dei benefici, l'accordo di Basilea II ha anche mostrato delle lacune e non ha permesso alle banche di superare agevolmente la crisi: l'accordo, infatti, non è riuscito a raggiungere completamente il suo obiettivo ossia quello della stabilità finanziaria.

Con Basilea 3 sono stati definiti per le banche requisiti di capitale più elevati, ne è stata innalzata la qualità; sono stati introdotti limiti alla leva finanziaria, approvate nuove regole sulla liquidità e eliminato molti degli incentivi perversi che davano luogo all'assunzione di rischi eccessivi nelle operazioni di cartolarizzazione, agendo sul ruolo delle agenzie di rating, sulle regole contabili, sulle misure prudenziali.

Basilea III ha rafforzato il più importante settore di qualsiasi economia industrialmente avanzata: il settore dell'intermediazione creditizia: una maggiore sicurezza in tale settore, senza alcun dubbio, migliorerebbe l'intero sistema di creazione della ricchezza, ne rafforzerebbe la solidità e garantirebbe una minore fluttuabilità della crescita economica.

A dire la verità, è sotto gli occhi di tutti che non abbiamo più risorse per salvare questo sistema capitalistico, anche se lo abbiamo sperato per molto tempo. Il punto vero è che il sistema economico-finanziario è diventato troppo grande per essere salvato: il valore globale delle attività finanziarie è molto più grande del Prodotto Interno Lordo mondiale. La sfida, già fronteggiata negli incontri passati del *G20*, quindi, sarà depotenziare le nostre economie virtuali per potersi muovere verso una nuova forma di capitalismo più legata alle attività economiche reali.

Purtroppo nell'ultimo ventennio la finanza ha dato origine a molti e complicati strumenti finanziari al fine di soddisfare il più possibile l'esigenze dei risparmiatori, offrendo loro meccanismi di credito volti ad assecondare esigenze, e spesso comodità, in relazione ad uno standard di vita sempre più alto. Tuttavia, una volta che l'investitore non aveva più capacità di ripagare il prestito concessogli, la complessa sequenza di prodotti finanziari si spezzava.

Questo sistema così complesso era, ed è parzialmente tutt'ora, finalizzato ad estrarre valore aggiunto da chiunque potesse, ricco o povero che sia; in questo modo l'apparato capitalistico della nostra economia si è finanziato, ma nello stesso tempo è proprio questo metodo che ha portato ad una crisi, pressoché permanente del sistema finanziario globale. Oggi assistiamo al collasso di questa logica scellerata, ancorché di successo, in quanto è penetrata non solo in settori dell'economia privata, ma anche in parte dell'economia nazionale: in tutto ciò, il vero problema è che questi strumenti finanziari crescono più velocemente di ogni altro settore dell'economia reale.

Inoltre, ogni volta che i governi nazionali hanno salvato il sistema finanziario hanno, da una parte, dato alla stessa finanza strumenti per continuare la loro attività alle spalle dei cittadini (il c.d. *moral hazard*) e, dall'altra, utilizzato il denaro dei contribuenti per immettere liquidità nel sistema bancario e finanziario.

Per cui, in conclusione, le vere sfide del futuro saranno quelle di depotenziare le economie virtuali e di superare questo capitalismo neoliberale, indipendentemente da tutti gli strumenti di garanzia riconosciuti dai vari ordinamenti a mitigazione del credito.

BIBLIOGRAFIA

A

ABI, Audizione dell'ABI presso la Commissione Finanze e Tesoro del Senato su *Proposte di legge: n. 193 del 12 giugno 2001, n. 1176 del 22 febbraio 2002, n. 1207 del 1° marzo 2002 e n. 1267 del 20 marzo 2002 in tema di disciplina delle cooperative e dei consorzi di garanzia collettiva fidi*, Roma, 8 ottobre 2002.

ABI, "L'impatto di Basilea sull'attività dei Confidi", in *Bancaria*, n. 9: 74-81, 2002.

ADAMO R., *I Confidi in Italia. Evoluzione e prospettive*, Napoli: Edizioni Scientifiche, 2000.

ALBERETO G., BENVENUTI M., MOCETTI S., PAGNINI M., ROSSI P., *L'organizzazione dell'attività creditizia e l'utilizzo di tecniche di credit scoring nel sistema bancario italiano: risultati di un'indagine campionaria*, Questioni di Economia e Finanza, n. 12, Banca d'Italia, aprile 2008.

ALDRIGHETTI F., ERZEGOVESI L., *L'equilibrio gestionale dei Confidi 107: effetti sul pricing delle garanzie e sull'efficacia degli aiuti pubblici*, Dipartimento di informatica e studi aziendali, Università degli Studi di Trento, <http://smefin.net>, 2007.

ALTMAN E. I., *Revisiting credit scoring models in a basel 2 environment: "Credit Rating: Methodologies, Rationale and Default Risk"*, London Risk Books, 2002.

ALTMAN E. I., SABATO G., "Effects of the New Basel Capital Accord on Bank Capital Requirements for SMEs", in *Journal of Financial Services Research*, Vol. 28:15-42, 2005.

B

BAGLIONI A., *“La funzione economica delle garanzie nel mercato del credito”*, in Caprio L. e Presti G. (a cura di) *Le garanzie nel credito alle imprese. Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Torino: Giappichelli, 2001.

BANCA D’ITALIA, *Schede sulle discrezionalità nazionali contenute nel Nuovo Accordo sul Capitale (“Basilea 2”) e nelle proposte di direttive europee in materia di requisiti patrimoniali delle banche e di adeguatezza patrimoniale delle banche e delle imprese di investimento*, Roma, marzo 2005.

BANCA D’ITALIA, *Metodo dei rating interni per il calcolo del requisito patrimoniale a fronte del rischio di credito*, Documento di consultazione, Roma 2006.

BANCA D’ITALIA, *Recepimento della nuova regolamentazione prudenziale internazionale (Nuovo Accordo sul capitale di Basilea e nuova direttiva C.E. sui requisiti delle Banche e delle imprese di investimento)*, Documento per la consultazione, marzo 2006.

BANCA D’ITALIA, *Consorzi di garanzia collettiva dei fidi (Confidi). Normativa secondaria di attuazione dell’art. 13 del Decreto Legge 30 settembre 2003, n° 269, convertito dalla Legge 24 novembre 2003, n° 236*, Documento per la consultazione, febbraio 2007.

BANCA D’ITALIA, *Disposizioni di Vigilanza Banche di garanzia collettiva dei fidi*, 28 febbraio 2008.

BANCA D’ITALIA, *“Rapporto sulla stabilità finanziaria n.1”*, Dicembre 2010.

BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *"Quadro generale degli sviluppi: interventi senza precedenti per contrastare la crisi finanziaria mondiale"*, Rassegna trimestrale BRI, Dicembre 2008.

BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *"Quadro generale degli sviluppi: il rischio sovrano scuote i mercati"*, BRI Relazione trimestrale, Marzo 2010.

BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *"Dal pronto soccorso alla terapia intensiva: retrospettiva dell'anno trascorso"*, 80° Relazione annuale della Banca dei Regolamenti Internazionali, 28 Giugno 2010.

BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *"Sostenibilità delle finanze pubbliche nei paesi industriali: rischi e sfide"*, 80° Relazione annuale della Banca dei Regolamenti Internazionali, 28 Giugno 2010.

BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *"Quadro generale degli sviluppi: in primo piano i timori per la crescita"*, Rassegna trimestrale BRI, Settembre 2010.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Overview of the amendment to the capital accord to incorporate market risks*, January 1996.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *"International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: a revised Framework"*, BIS, June 2004.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *International Convergence of Capital measurement and Capital Standards - A Revised Framework*, July 2005.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Strengthening the resilience of the banking sector*, December 2009.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Report and Recommendations of the cross-border Bank resolution Group*, www.bis.org/publ/bcbs169.htm, Marzo 2010.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *"Countercyclical capital buffer proposal, consultative document"*, Luglio 2010.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *"An assessment of the long-term economic impact of stronger capital and liquidity requirements"*, Agosto 2010.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *"Basel III : A global regulatory Framework for more resilient banks and banking systems"*, BCBS 189, 16 Dicembre 2010 (rev Giugno 2011).

BELCREDI M., *"A che servono le garanzie? Analisi economica, evidenze empiriche internazionali e alcune implicazioni normative"*, in Caprio L. e Presti G. (a cura di) *Le garanzie nel credito alle imprese. Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Torino: Giappichelli, 2001.

BELTRATTI A., MARGARITA S., TERNA P., *Neural networks for economic and financial modelling*, ITCP, London, 1996.

BENTIVOGLI C., COCUZZA E., FOGLIA A., IANNOTTI S., *"I rapporti Banca-Impresa dopo il nuovo accordo sul capitale: un'indagine territoriale"*, in Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers), N° 5, Banca d'Italia, Febbraio 2007.

BIANCO M. e CASAVOLA P., *Italian corporate governance. Effects on financial structure and firm performance*, European Economic Review, 1999.

BOFONDI M., LOTTI F., *Innovation in the retail banking industry: the diffusion of credit scoring*, Review of Industrial Organization, 2005.

BRUCCIANI S., *“Il Ruolo dei Consorzi Fidi”*, in Il Risparmio, Vol. 5: 895-921, 1985.

C

CASELLI S., *“Il destino delle imprese italiane dopo Basilea 2: la sfida del riposizionamento della funzione finanziaria”*, in Bancaria, No. 1: 54-62, 2005.

CEF, Gruppo di lavoro di alto livello del CEF sui meccanismi di stabilità finanziaria transfrontaliera *Lessons from the financial crisis for European financial stability arrangements*, luglio 2008.

CELLINO M., *Basilea 3 ad alto impatto in Europa*, Il Sole 24 Ore, numero 161, domenica 13 Giugno 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, *Regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo alle agenzie di rating del credito*, novembre 2008.

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a regulation of the European parliament and of the council on amending Regulation, (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies*, giugno 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, *overview of the results of the public consultation on an EU framework for Cross-border crisis management in the banking sector*, Bruxelles, 11 marzo 2010.

D

D'AURIA C., *“Il ruolo dei Confidi nel Finanziamento delle piccole e medie imprese alla luce del regolamento internazionale di Vigilanza”*, in Newsletter AIRFIRM, No. 1: 3-5, 2005.

DE LAURENTIS G., CASELLI S., *Miti e verità di Basilea 2. Guida alle decisioni*, Milano: Egea, 2004.

E

ENGELMANN B., RAUHMEIER R., *The Basel II Risk Parameters Estimation, Validation, and Stress Testing*, Springer Berlin Heidelberg, 2006.

EUROPEAN CENTRAL BANK, *“The New Basel Capital Accord: Main Features and Implications”*, in Monthly Bulletin, Gennaio 2005.

H

HIMINO R., *Basilea 2 – verso un nuovo linguaggio comune*, Rassegna trimestrale BRI, 2004.

L

LOCARNO ALBERTO, *“ The macroeconomic impact of Basel III on the Italian economy”* , Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers) Banca d'Italia n.88, Febbraio 2011.

M

MATHIAS K. G., *Basel II : the new capital accord : strategic analysis of the impact of a Schedule 2 Bank*, Project (M.B.A.), Simon Fraser University, 2004.

MC KINSEY, *"Basel III and European banking : its impact , how banks might respond, and the challenges of implementation"*, Mc Kinsey Working Papers on Risk n.26, noVEMBRE 2010.

P

PETTINATO S., *Gli effetti del trattato di Basilea 2 sulle aziende italiana - risultati della simulazione su un campione di imprese*, Unioncamere, ottobre 2003.

PIAZZO D., *Il sistema dei Confidi nell'accordo di Basilea 2*, Collana di Studi di Economia e Tecnica Bancaria, Bari: Cacucci, 2006.

R

ROSSI G., *Crisi del capitalismo e nuove regole*, Riv. Soc. 2009.

RUOZI R., ANDERLONI L., PREDA M., *Rapporto sui Consorzi e sulle cooperative di garanzia collettiva fidi*, Milano: Franco Angeli, 1986.

S

SABATO G., *Implementazione di un sistema di rating interno*, 2004.

SCHEUERMANN T., *Credit Migration Matrices, Encyclopedia of Quantitative Risk Assessment*, John Wiley & Sons, December 2006.

STANDARD&POOR'S, *"The Basel III Leverage Ratio is a raw measure , but could supplement risk-based capital metrics"*, RatingsDirect on the Global Credit Portal, 15 Aprile 2010.

STIGLITZ J., *Too Big to Fail or Too Big to Save? Examining the Systemic Threats of Large Financial Institutions*, aprile 2009.

STIGLITZ J., *L'euro e il destino del mondo* (Joseph E. Stiglitz, *International herald tribune*), Internazionale, n. 907, 22 luglio 2011, pag.13.

T

TARANTOLA ANNA MARIA, *"Verso una nuova regolamentazione finanziaria"*, Convegno inaugurale del master in Finanza Avanzata Scuola di alta formazione dell'I.P.E., 21 Gennaio 2011.

V

VIGANO' L., *"I Confidi Artigiani in Lombardia: caratteristiche operative e ipotesi di sviluppo"*, in Quaderni del Dipartimento di Economia Aziendale, Università degli Studi di Bergamo, 2005.

W

WALTER S., *Basel II and Revisions to the Capital Requirements Directive, Remarks to the European Parliament Committee on Economic and Monetary Affairs on the BCBS's reform programme*, May 2010.

Siti internet

Siti istituzionali

- http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm
- www.bancaditalia.it
- www.bankofengland.co.uk
- www.abi.it
- www.c-ebs.org
- www.ecb.de
- http://ec.europa.eu/index_en.htm
- www.bba.org.uk
- www.dbblaw.eu
- www.financialstabilityboard.org
- www.bis.org
- www.uncitral.org
- <http://banking.senate.gov/public>
- www.wto.org
- www.fdic.gov
- www.eba.europa.eu
- www.ibanet.org
- www.pittsburghsummit.gov
- www.fsa.gov.uk
- www.ceiops.eu
- <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>

Siti editoriali

- <http://baselinescenario.com>

- www.nens.it
- www.manageronline.it
- <http://porcilesilvano.blogspot.com>
- www.ft.com
- www.ilsole24ore.com
- www.chicago-blog.it
- www.affaritaliani.it
- <http://finanza.repubblica.it>
- <http://seekingalpha.com>
- www.crosue.it
- www.ilpost.it